Die stillschweigende Bevollmächtigung nach dem deutschen B.G.B.

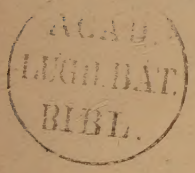
Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät der Universität Breslau



vorgelegt von

Arthur Schedwig,

Referendar.

Breslau 1911.

Druck der Breslauer Genossenschafts-Buchdruckerei, E. G. m. b. H.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät
der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Leonhard.

Korreferent: Professor Dr. Schott.

Meinen lieben Eltern

zur Silberhochzeit.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 1

I. Die Theorien der Gegner der herrschenden Lehre.

§ 2. Der Erklärungsversuch Rümelins 2
§ 3. Der Erklärungsversuch v. Seelers 4
§ 4. Der Erklärungsversuch Wellspachers 5
§ 5. Der Erklärungsversuch Schloßmanns 6

II. Die herrschende Lehre.

A. Die Konstruktion der herrschenden Lehre.

§ 6. Die Bevollmächtigung im allgemeinen 9
§ 7. Die stillschweigende Bevollmächtigung im besonderen 10
§ 8. Der Adressat der stillschweigenden Bevollmächtigung 14

B. Die Folgen dieser Konstruktion.

§ 9. Im Falle der Mentalreservation 21
§ 10. Im Falle des Irrtums 29
§ 11. Die sogenannte Erkundigungspflicht 42

III. Schluß.

§ 12. Die stillschweigende Bevollmächtigung nach früherem Recht 45

Literaturverzeichnis.

Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 28. von Seeler, Vollmacht und Scheinvollmacht.

Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 93. Rümelin, Das Handeln in fremdem Namen im Bürgerlichen Gesetzbuch.

Biermann: Lehre von der Vertretung und Vollmacht.

Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I.

Dernburg: Pandekten I, II.

— Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens I.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I.

Engelmann: Das Bürgerliche Recht Deutschlands, 4. Aufl.

Frese: Beauftragte Vermögensverwaltung.

Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch.

Gierke: Entwurf des B.G.B. und das Deutsche Recht.

Goldmann-Lilienthal: Das B.G.B. system. dargestellt, Bd. I.

Hellmann: Stellvertretung.

Hölder: Pandekten I.

— Kommentar zum B.G.B. I.

Hupka: Die Vollmacht.

Leonhard: Allgemeiner Teil.

Manigk: Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte.

Matthiaß: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I.

Meisner: Kommentar zum B.G.B.

Mitteis: Stellvertretung.

Müller-Meikel: Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs.

Motive zum Entwurf eines B.G.B., Bd. I.

Planck: B.G.B. I.

Puchta: Institutionen I.

— Pandekten I und II.

Regelsberger: Pandekten.

Rehbein: B.G.B. mit Erläuterungen.

Scherer: Kommentar zum B.G.B.

Schloßmann: Die Lehre von der Stellvertretung, insbesondere bei obligatorischen Verträgen, I und II.

— Kontrahieren mit offener Vollmacht.

Staudinger: Kommentar zum B.G.B. I.

Thöl: Handelsrecht I.

Wellspacher: Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im Bürgerlichen Recht.

Weyl: Vorträge über das B.G.B.

Einleitung.

§ 1.

Es ist ein Vorkommnis des alltäglichen Verkehrslebens, daß wir Geschäfte mit Personen abschließen, die, wie wir erfahren haben, schon wiederholt für Rechnung und im Namen einer bestimmten dritten Person mit uns oder mit anderen Geschäfte ganz allgemein oder aber Geschäfte bestimmten Charakters, bestimmter Art, abgeschlossen haben, und deren Geschäfte bisher stets von jener dritten Person anerkannt worden sind.

Wie dieser Tatbestand rechtlich zu beurteilen ist, darüber sind in der Literatur verschiedene Ansichten vertreten. Die herrschende Lehre, der auch durchweg die Rechtsprechung der Gerichte folgt, sieht in jenem andauernden widerspruchslosen Dulden von Vertretungshandlungen eine Betätigung des Bevollmächtigungswillens und findet demgemäß in einem solchen Verhalten eine sogenannte „stillschweigende Bevollmächtigung".

Indes ist diese als herrschend bezeichnete Ansicht nicht unbestritten geblieben, wenngleich die Konstruktionsversuche der Gegner auf die Rechtsprechung der Gerichte völlig einflußlos blieben und auch in der Wissenschaft die nunmehr ihnen gegenüber als herrschend bezeichnete Lehre nicht zu erschüttern vermochten. In dem Aufbau der Arbeit scheint es empfehlenswert, diese Erklärungsversuche der Gegner vorweg zu nehmen, um dann des näheren auf die herrschende Lehre von der „stillschweigenden Bevollmächtigung" und die aus dieser Konstruktion sich ergebenden Folgen einzugehen.

I. Die Theorien der Gegner der herrschenden Lehre.

§ 2.

1. Der Erklärungsversuch Rümelins.

Von den Gegnern der herrschenden Lehre sei zunächst Rümelin erwähnt. Er sucht das, was richtiger Ansicht nach als „stillschweigende Bevollmächtigung" bezeichnet wird, auf andere Weise zu erklären und geht dabei von § 171 B.G.B. aus.[1]) § 171 sagt: Hat jemand durch besondere Mitteilung an einen Dritten oder durch öffentliche Bekanntmachung kundgegeben, daß er einen andern bevollmächtigt habe, so ist dieser auf Grund der Kundgebung im ersteren Fall gegenüber dem Dritten, im letzteren Fall jedem Dritten gegenüber zur Vertretung befugt. Wie nun alle diese Erklärungsversuche der Gegner sowohl untereinander, als auch mit der herrschenden Lehre übereinstimmend schließlich zu demselben Resultate, der Haftung des Vertretenen, des Geschäftsherrn, führen, so auch Rümelin. Nur wie diese Haftung des Vertretenen juristisch zu begründen sei, darüber sind die Ansichten der einzelnen verschieden, und hier konstruiert Rümelin folgendermaßen: Damit eine Haftung des Vertretenen auf Grund des § 171 B.G.B. begründet wäre, ist erforderlich, nach dem Wortlaut des Gesetzes, daß er — entweder gegenüber einem bestimmten Dritten oder aber auch gegenüber der Allgemeinheit — „kundgegeben habe", daß er einen andern bevollmächtigt habe. Was ist nun nach der ratio legis unter „kundgeben" zu verstehen? Nach der von Rümelin vertretenen Auffassung müssen im Interesse des Verkehrs, im Hinblick auf den vom modernen Recht stets geforderten und verteidigten Schutz des guten Glaubens des vertrauenden Publikums jene Kundgebungen auch stillschweigend abgegeben werden können. Im Gegensatz zu der von Rümelin vorgeschlagenen „stillschweigenden Kundgebung"

[1]) Archiv für ziv. Praxis, Bd. 93, S. 300.

verlangt allerdings § 171 B.G.B. eine „besondere“ Mitteilung oder „öffentliche Bekanntmachung“. Daß „stillschweigende Kundgebung“ einerseits und „besondere Mitteilung bezw. öffentliche Bekanntmachung“ andererseits in einem gewissen Gegensatz zueinander stehen, erkennt Rümelin selbst an.[1])

Doch ist der Widerspruch nach ihm nur ein scheinbarer und hindert ihn nicht, den § 171 zum Stützpunkt seiner Ansicht zu nehmen, und diese Ansicht geht dahin: es sollen überall da, wo die herrschende Lehre von einer stillschweigenden Bevollmächtigung spricht, die Vorschriften des § 171 Platz greifen und zu diesem Zweck „die Worte des Gesetzes »besondere Mitteilung« und öffentliche Bekanntmachung soweit gefaßt werden, daß sie auch auf ein konkludentes Verhalten bezogen werden können“; als Beispiel für ein solches konkludentes Verhalten führt Rümelin an:[2]) das Selbständigwerdenlassen von Angestellten in Dingen, die eigentlich nicht in ihrem Geschäftskreis liegen.

In Beurteilung der Theorie Rümelins von der „stillschweigenden Kundgebung“ werden wir sagen können, daß sie nur dann zu billigen ist, wenn § 171 eine Ausdehnung in der von Rümelin gewünschten Weise gestattet. Letzteres dürfte aber nicht der Fall sein. Ebenso ablehnend verhält sich Biermannn:[3]) eine bloße Kundgebung nach § 171 wird in den Fällen der sogenannten stillschweigenden Bevollmächtigung nicht anzunehmen sein, denn man kann doch wohl nicht gut von einer „stillschweigenden Kundgebung reden“, und Wellspacher bezeichnet Rümelins Konstruktion der stillschweigenden Kundgebung als „einen etwas gewaltsamen Gedankengang“.[4])

Gegen die Auffassung Rümelins ließe sich vielleicht auch noch folgendes einwenden: Wenn A. als Eigentümer

[1]) Rümelin, a. a. O., S. 301.

[2]) Rümelin, a. a. O., S. 301.

[3]) Lehre von der Vertretung und Vollmacht, S. 23.

[4]) Wellspacher, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im Bürgerlichen Recht, S. 100.

eines Hauses z. B. den B. als Verwalter bestellt und ihm Vollmacht gibt, auf Klagen der Mieter hin die nach seinem Ermessen nötigen Reparaturen vorzunehmen, wenn dann B. in beständiger Überschreitung dieser Vollmacht die Mieten einzieht und A. sich hierzu fortgesetzt stillschweigend verhält, so ist das passive Verhalten des A. mehr als eine bloße „stillschweigende Kundgebung" deklaratorischen Charakters, daß A. den B. bevollmächtigt habe und dürfte vielmehr konstitutiv wirkend, im Sinne des § 167 B.G.B., also Vollmacht begründend sein.

§ 3.

2. Der Erklärungsversuch von Seelers.

Wie Rümelin geht auch von Seeler von § 171 B.G.B. aus. Er vertritt die Ansicht,[1]) daß die „besondere Mitteilung" nicht notwendig ausdrücklich gemacht zu werden brauche, sondern auch durch konkludente Handlungen, unter Umständen durch Stillschweigen erfolgen könne. Mit Rücksicht darauf will er diejenigen Erscheinungen, die in der Literatur als konkludente oder stillschweigende Bevollmächtigungen bezeichnet werden, nicht als Bevollmächtigungen, sondern als Fälle der Scheinvollmacht betrachten. Es wird also darauf ankommen, was das Gesetz unter „besonderer Mitteilung" versteht. Da das Gesetz diesen Begriff nicht selbst definiert, so versucht von Seeler eine Definition aufzustellen, indem er sagt: „man werde nach der ratio legis annehmen müssen, daß nur eine solche Art der Mitteilung gemeint sein kann, durch welche dem Dritten eine gewisse Gewähr geboten wird, die Mitteilung sei in Wahrheit und zwar genau in dieser Form vom Vertretenen ausgegangen. Es werde also erforderlich sein, schriftliche Mitteilung oder direkte mündliche Mitteilung von Person zu Person oder Abschluß eines Bevollmächtigungsvertrages — von Seeler hält die Bevollmächtigung im Gegensatz zu der herrschenden Lehre nicht für einen einseitigen Rechts-

[1]) Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 28, S. 51.

akt, sondern für einen Vertrag — in Gegenwart des Dritten.“ Während also von Seeler hier ziemlich strenge Voraussetzungen aufstellt, will er andererseits konkludente Handlungen und Stillschweigen genügen lassen, und es soll dann in den Fällen, wo die herrschende Lehre von einer stillschweigenden Bevollmächtigung spricht, eine durch „stillschweigende besondere Mitteilung begründete Scheinvollmacht“ vorliegen. Anklang hat auch diese Theorie nicht gefunden, und man wird sie schon deshalb ablehnen dürfen, weil eine „stillschweigende besondere Mitteilung“ als eine zu gezwungene und gewagte Konstruktion erscheint. Das Adjektiv „stillschweigend“ steht unserem Empfinden nach eher in einem gewissen Gegensatz zu „besonderer“ (Mitteilung), als daß wir diese beiden Adjektive nebeneinandersetzen möchten.

§ 4.

3. Der Erklärungsversuch Wellspachers.

Eine andere Erklärung für die von der herrschenden Lehre als stillschweigende Bevollmächtigungen bezeichneten Erscheinungen versucht Wellspacher zu geben,[1]) indem er eine analoge Anwendung des § 172 B.G.B. vorschlägt. § 172 lautet: Der besonderen Mitteilung einer Bevollmächtigung durch den Vollmachtgeber steht es gleich, wenn dieser dem Vertreter eine Vollmachtsurkunde ausgehändigt hat und der Vertreter sie dem Dritten vorlegt. Nach Wellspacher ist „in § 172 die Vollmachtsurkunde der äußere Tatbestand eines bestehenden Vollmachtsverhältnisses, und dieser äußere Tatbestand bildet die Grundlage für den Vertrauensschutz. Auch in den Fällen der sogenannten stillschweigenden Bevollmächtigung liege ein äußerer Tatbestand vor, aus welchem der Verkehr auf ein Vollmachtsverhältnis schließe, und daher liege auch hier ein Vertrauen vor, welches ebenso schutzwürdig sei, wie das an die Vollmachtsurkunde. § 172 sei demnach nur ein Spezialfall eines allgemeinen Gedankens, der gegen-

[1]) a. a. O., S. 100.

über den anderen Fällen lediglich dadurch ausgezeichnet ist, daß er praktisch der wichtigste und für die juristische Technik am einfachsten zu handhaben ist, weil sich hier der äußere Tatbestand in der Urkunde konzentriert, während sich dieser Tatbestand in den Fällen der sogenannten stillschweigenden Bevollmächtigung aus einer Reihe äußerer Vorgänge zusammensetzt."

Auch diese Theorie hat keine Anerkennung gefunden. Wellspacher greift den § 172 heraus und sucht in seine Bestimmung etwas hineinzulegen, was sich kaum hineinlegen läßt, er hätte denn gerade darin, daß A. Vertretungshandlungen des B. ohne Widerspruch duldet, eine Art „ideelle oder intellektuelle Vollmachtsurkunde" sehen müssen. Da er nun offenbar die Fälle der sogenannten stillschweigenden Bevollmächtigung dem § 172 nicht ohne weiteres zu subsumieren vermag, so erklärt er: § 172 bilde nur einen Spezialfall eines allgemeinen Gedankens, nämlich des Gedankens: falls der äußere Tatbestand eines Vollmachtsverhältnisses vorhanden ist, so müsse auf Grund desselben das Vertrauen geschützt werden. Ein solcher äußerer Tatbestand aber sei:

1. eine Vollmachtsurkunde, dieser Fall ist vom Gesetz in § 172 speziell geregelt,
2. die Fälle der sogenannten stillschweigenden Bevollmächtigung im Sinne der herrschenden Lehre. Sie sind nicht als Spezialfälle gesetzlich geregelt, aber nach § 172 analog zu beurteilen.

In Beurteilung dieser Theorie Wellspachers werden wir ihr den Vorwurf nicht ersparen können, daß sie auf eine zu willkürliche Ausdehnung des § 172 hinauslaufe, um Anerkennung finden zu können.

§ 5.

Der Erklärungsversuch Schloßmanns.

Die herrschende Lehre sieht in dem andauernden widerspruchslosen Dulden von Vertretungshandlungen eine stillschweigende Bevollmächtigung (siehe unten § 7), diese letztere beruht nicht wie die ausdrückliche Bevollmächtigung

in einer einmaligen kurzen Erklärung, sondern setzt sich zusammen aus einer Reihe von Tatsachen, die zeitlich aufeinanderfolgen und in ihrer Gesamtheit zur Begründung der Vollmacht dienen. Schloßmann dagegen sieht in den einzelnen Tatsachen eine Reihe von Beweismomenten:[1]) Die Tatsache, daß eine Person mit Wissen einer anderen längere Zeit gewisse Geschäfte erledigt hat, denen diese niemals die Anerkennung versagt hat, „wird meistens ein ausreichender Beweis dafür sein, daß ein Vertretungsverhältnis zwischen beiden in irgend einer Weise einmal begründet worden sei und zwar von der Tragweite, wie sie sich in den am weitesten gehenden unter den mit Wissen des Herrn vom Vertreter vorgenommenen Geschäften dokumentiert hat". Die einzelnen Tatsachen sind also nach Schloßmann Beweismomente, und ihre Brauchbarkeit und Bedeutung besteht darin, daß der Richter in Berücksichtigung derselben „auf Grund seines Rechts der freien richterlichen Beweiswürdigung ein Vertretungsverhältnis jenes Umfangs annimmt und in der Regel auch annehmen darf, denn tatsächlich pflegt nach der Erfahrung des Lebens ein fortgesetztes Handeln dieser Art nicht ohne einen vorausgehenden zur Begründung eines Vertretungsverhältnisses geeigneten Tatbestand zu erfolgen."[2]) Würde nun der Richter geneigt sein, auf Grund der im Sinne Schloßmanns als Beweismomente verwendeten Tatsachen das Bestehen eines Vertretungsverhältnisses für erwiesen zu erachten, so müßte doch nach allgemeinen Grundsätzen „gegenüber dem aus diesen Tatsachen hergeleiteten Beweise eines bestehenden Vertretungsverhältnisses dem Vertretenen der Gegenbeweis gestattet sein, daß entweder überhaupt kein Vertretungsverhältnis oder doch nur ein solches von geringerer Tragweite bestehe",[3]) daß der Vertretene sich vielmehr aus ganz anderen, möglicherweise rein persönlichen Gründen, etwa um den Vertreter nicht bloßzustellen,

[1]) Schloßmann, Stellvertretung II, S. 501.
[2]) a. a. O, S. 501/502,
[3]) a. a. O., S. 503.

so verhalten habe. Gelänge es ihm nun, diesen Gegenbeweis zu führen, so würde der Richter daraufhin doch zuungunsten des dritten Kontrahenten entscheiden müssen, ein Resultat, das im Interesse des Verkehrs und gegenüber dem stets betonten Schutz des guten Glaubens als unannehmbar bezeichnet werden muß. Das sieht auch Schloßmann selbst ein und sucht darum diesen, hier das ganze Gebäude zerstörenden Gegenbeweis auszuschließen, indem er meint: „Auch hier greife die Tendenz des Rechts, den guten Glauben zu schützen, Platz, und darum müsse man die Beweiskraft jener Tatsachen künstlich steigern und den Gegenbeweis gegen sie dem gutgläubigen Dritten gegenüber ausschließen.“ Fassen wir die Theorie Schloßmanns in wenigen Sätzen zusammen, so ergibt sich: Die einzelnen seitens des Vertretenen widerspruchslos geduldeten Geschäfte sind Beweismomente dafür, daß ein Vertretungsverhältnis zwischen ihm und dem Vertreter besteht. Hiergegen wäre an sich der Gegenbeweis zulässig, dieser sei aber hier im Interesse des gutgläubigen Verkehrs auszuschließen, was dadurch erreicht würde, daß den gegen den Vertretenen sprechenden Beweismomenten eine künstlich gesteigerte Beweiskraft beigemessen würde, vermöge deren sie jeden Gegenbeweis ausschließen, also gleichsam unwiderlegbar, iuris et de iure, würden. Auf diese Weise kommt zwar Schloßmann zu demselben Resultat wie die herrschende Lehre,[1]) „auch nach ihm wird der Vertretene über die Grenze hinaus verpflichtet, die nach Maßgabe des in Wahrheit bestehenden Vertretungsverhältnisses als gerechtfertigt erscheint, ja es wird vielleicht jemand sogar verpflichtet, auch wenn ein Vertretungsverhältnis überhaupt nicht vorlag“. Aber er erzielt dieses Resultat lediglich durch die Aufstellung einer willkürlichen Beweistheorie, der wir gerade deshalb, weil sie auf Willkür beruht, unsere Anerkennung werden versagen müssen.

[1]) a. a. O., S. 503.

II. Die herrschende Lehre.

A. Die Konstruktion der herrschenden Lehre.

§ 6.

Die Bevollmächtigung im allgemeinen.

In der Lehre von der Stellvertretung ist zu unterscheiden:

1. das Institut der direkten Stellvertretung,
2. die indirekte Stellvertretung.

Das Wesen der ersteren besteht darin, daß jemand für Rechnung eines anderen und in dessen Namen ein Rechtsgeschäft abschließt mit der Wirkung, daß die durch dasselbe begründeten Rechte und Pflichten unmittelbar von dem Dritten, dem Vertretenen, erworben werden, während im zweiten Falle der Handelnde im eigenen Namen das Geschäft abschließt, wobei der Umstand, daß es auf fremde Rechnung vorgenommen wird, nach außen nicht hervortritt. Hierbei werden alle durch das Geschäft begründeten Rechte und Pflichten zunächst von dem Handelnden selbst erworben, der allerdings seinerseits im Innenverhältnisse, etwa auf Grund eines Auftrags oder Gesellschaftsvertrages, verpflichtet ist, alle dem Geschäft entspringenden Rechte und Pflichten demjenigen zu übertragen, auf dessen Rechnung es abgeschlossen wurde, so daß dieser zwar alle jene Rechte und Pflichten erwirbt, aber doch nur indirekt, mittelbar, durch Übertragung. Es ist klar, daß diese indirekte Stellvertretung im Vergleich zu der zuerst erwähnten direkten Stellvertretung bedeutend umständlicher ist, und dementsprechend ist sie von letzterer schon im Gemeinen Recht und in Übereinstimmung mit diesem auch im B.G.B. — im Gegensatz zum römischen Recht — an die zweite Stelle verwiesen worden. Das B.G.B. behandelt in § 164 I den Fall, daß jemand . . . . eine Willenserklärung . . . . im Namen eines andern, des Vertretenen abgibt: direkte Stellvertretung, in § 164 II den Fall, daß

bei Abgabe einer Willenserklärung der Wille in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervortritt: indirekte Stellvertretung. Im ersten Falle wirkt die Willenserklärung unmittelbar für und gegen den Vertretenen. Damit aber diese Wirkung eintrete, ist nicht nur nötig, daß der Betreffende die Willenserklärung im Namen des Vertretenen abgegeben hat, es kommt vielmehr als zweites Erfordernis noch hinzu, daß er sich innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht gehalten hat. Diese Vertretungsmacht ist begrifflich die dem einen Teil, dem Vertreter, zustehende Befugnis, Dispositionen über die Rechtssphäre eines anderen zu treffen, Eingriffe in den Rechtskreis eines andern zu tun.[1]) Diese Befugnis kann ihm das Gesetz selbst zuerkennen, wir sprechen dann von gesetzlicher Vertretungsmacht. Abgesehen hiervon kann die Befugnis zur Vertretung eines anderen nur erteilt werden durch diesen anderen, den Vertretenen selbst, indem dieser will, daß der Vertreter in seine Rechtssphäre eingreife. Wir sprechen in diesem Falle von gewillkürter Vertretungsmacht. Gewillkürte, d. h. auf Parteiwillen beruhende, durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht nennt das Gesetz in § 166, Abs. 2, Vollmacht, und die Erklärung dieses Willens bezeichnen wir als „Bevollmächtigung".

§ 7.

Die stillschweigende Bevollmächtigung im besonderen.

§ 167 B G.B. Abs. 1 bestimmt: Die Erteilung der Vollmacht erfolgt durch Erklärung . . . ., Abs. 2 fügt hinzu: Die Erklärung bedarf nicht der Form, die für das Rechtsgeschäft bestimmt ist, auf das sich die Vollmacht bezieht. Hieraus erhellt, daß nach B.G.B. die Bevollmächtigung grundsätzlich keiner Form bedarf, daß die Erklärung, durch welche Vollmacht erteilt wird, eine ausdrückliche sowohl wie eine sogenannte stillschweigende sein kann. Wissenschaft und Praxis operieren mit dem Begriff der still-

[1]) Hupka, Vollmacht, S. 1.

schweigenden Willenserklärung und stellen ihn in Gegensatz zu der ausdrücklichen. Der Unterschied besteht im wesentlichen darin,[1]) „daß die ausdrückliche Erklärung gerade auf ihr Ziel losgeht, und unmittelbar das besagt, was sie besagen soll, wenn auch durchaus nicht notwendig mit ausdrücklichen Worten, sondern z. B. auch Winken, Kopfschütteln, Kopfnicken; die stillschweigende Erklärung dagegen besteht in einem Verhalten, das zunächst einen andern selbständigen Zweck verfolgt, nebenher aber einen genügenden Schluß auf einen bestimmten vorhandenen Geschäftswillen zuläßt". In beiden Fällen liegen Umstände vor, entweder Worte oder Gebärden (etwa „ich bevollmächtige dich, das mir von A. geschuldete Darlehen einzuziehen") oder ein sonstiges Verhalten (etwa „A. duldet fortgesetzt widerspruchslos, daß B. dem A. geschuldete Beträge von dessen Schuldnern einzieht"), aus denen auf einen bestimmten Willen geschlossen wird, nur mit dem Unterschiede, daß das, was wir ausdrückliche Willenserklärung nennen, eine deutlichere Sprache redet im Vergleich mit der stillschweigenden. „So handelt es sich in der Tat bei diesem Gegensatz lediglich um die größere oder geringere Unzweideutigkeit des Willensausdrucks."[2]) So viel ist jedenfalls klar, daß es sich bei der stillschweigenden Willenserklärung nicht lediglich um einen Willensausdruck durch Schweigen handelt, eine stillschweigende Äußerung kann auch in einer positiven Handlung enthalten sein, und darum ist die Bezeichnung „stillschweigende Willenserklärung" nicht ganz zutreffend. Aber auch die Bezeichnung „Erklärung durch konkludentes Verhalten" ist nicht ganz richtig, denn auch bei der ausdrücklichen Erklärung, z. B. durch Winken, Kopfnicken, liegt ein schlüssiges Verhalten vor, das der Deutung bedarf, nur daß hier eben der Willensausdruck unzweideutiger ist. Die Terminologie ist übrigens durchaus schwankend; so

[1]) Crome, B.G.B. I, S. 380.

[2]) Regelsberger, Pandekten, S. 503.

spricht man bald von direkter oder indirekter Erklärung,[1]) bald von unmittelbarer und mittelbarer Erklärung,[2]) bald von ausdrücklicher oder stillschweigender Erklärung.[3])

Genügt nun, da für die Bevollmächtigung eine bestimmte Form nicht vorgeschrieben ist, ein schlüssiges Verhalten? Diese Frage ist von den Kommentatoren mit seltener Einstimmigkeit bejaht worden.[4]) Nach der übereinstimmenden Ansicht der hier zitierten dürfen wir den Satz aufstellen: Nach B.G.B. ist es durchaus zulässig, daß die Bevollmächtigung nicht notwendig ausdrücklich zu erfolgen braucht, sondern daß auch ein schlüssiges Verhalten des Vertretenen genügt. Es erhebt sich nun die weitere Frage, was wir unter einem derart schlüssigen Verhalten zu verstehen haben, insbesondere ob das fortgesetzte widerspruchslose Dulden von Vertretungshandlungen ein schlüssiges Verhalten im Sinne des deutschen B.G.B. bildet, das geeignet wäre, die Grundlage einer Vollmacht zu bilden. Die Motive enthalten, wie in ihrem § 119 zugegeben wird, „keine Bestimmung darüber, unter welchen Voraussetzungen eine Vollmacht für stillschweigend erteilt zu erachten ist," und entschuldigen den Mangel einer näheren Angabe damit, „daß zur angemessenen und gründlichen Erledigung der Frage das nicht zu erschöpfende Gebiet der Kasuistik betreten werden müßte".

Man wird also von Fall zu Fall untersuchen müssen, und es kann diese Entscheidung im Einzelfall recht schwierig sein. Es gibt Fälle, wo der Vertretene im großen ganzen duldet, daß ein anderer fortgesetzt Vertretungshandlungen für ihn vornimmt, und doch ist von einer stillschweigenden

---

[1]) z. B. Crome, S. 380; Dernburg, B.G.B. I, S. 224.

[2]) z. B. Staudinger, Anmerkung vor § 116; Hölder, Pandekten I, S. 213.

[3]) z. B. Matthiaß, B.G.B., S. 180; Puchta, Pandekten, S. 100.

[4]) vgl. Planck, Anm. 5 zu § 167; Staudinger, Anm. 5 zu § 167; Fischer-Henle, Anm. 2 zu § 167; Weyl, Vorträge, S. 279; Müller-Meikel, S. 114; Rehbein, S. 261; Matthiaß, S. 239; Scherer, S. 363; Meisner, S. 160; Goldmann-Lilienthal, S. 207.

Bevollmächtigung nicht die Rede, und zwar deshalb nicht, weil doch das Verhalten des Prinzipals aus irgendeinem Grunde nicht geeignet ist, eine stillschweigende Willenserklärung darzutun.

Zum Beispiel:[1])

1. Der Prinzipal hat nur in ganz vereinzelten, vielleicht jahrelang auseinanderliegenden Fällen Handlungen von zweifelhafter Vollmachtsmäßigkeit gut geheißen: dann ist in dem Verhalten des Prinzipals nur eine jedesmalige Bestätigung der einzelnen Geschäfte von Fall zu Fall zu sehen, nicht aber eine stillschweigende Bevollmächtigung. Eine solche liegt vielmehr erst dann vor, „wenn die einzelnen Genehmigungen ihrer Zahl und zeitlichen Aufeinanderfolge nach den Charakter der Selbstverständlichkeit an sich tragen."

2. Der Prinzipal hat die geschlossene Reihenfolge der Vertretungshandlungen durch Zurückweisungen einzelner von ihnen unterbrochen: hier kann natürlich von einem Willen, eine Vollmacht zu erteilen, bezw. eine etwa erteilte zu erweitern, noch von einer stillschweigenden Erklärung dieses Willens, also auch nicht von einer stillschweigenden Bevollmächtigung die Rede sein. Es ist vielmehr jedermann klar, daß es sich nur um Bestätigung von Fall zu Fall lediglich derjenigen Geschäfte handelt, die der Prinzipal anerkennen will.

3. Es kann auch das Verhalten des Prinzipals auf besonderen Gründen und Voraussetzungen — rein persönlicher Art — beruhen, z. B. ein Vater duldet nach außen hin lediglich deshalb die Geschäftsführung seines Sohnes, um ihn nicht bloßzustellen, verbietet ihm aber — allerdings ohne daß sich der Sohn dadurch beirren läßt —, unter vier Augen jeden weiteren Geschäftsabschluß. Wir werden auf Grund dieser Ausführungen das Ergebnis dahin zusammenfassen können: Eine stillschweigende Bevollmächtigung liegt dann vor, wenn die einzelnen Genehmi-

[1]) vgl. im folgenden: Hupka, a. a. O., S. 182.

gungen ihrer Zahl und zeitlichen Aufeinanderfolge nach den Charakter der Selbstverständlichkeit angenommen haben, ohne daß ihre geschlossene Reihenfolge durch eine Zurückweisung unterbrochen worden wäre, und ohne daß das duldende Verhalten des Prinzipals auf außerordentliche Gründe zurückzuführen wäre.

Mit dieser Auffassung stimmt sowohl die Wissenschaft[1]) als auch die Rechtsprechung der Gerichte überein.[2])

§ 8.

Der „Adressat" der stillschweigenden Bevollmächtigung.

Nach § 167 geschieht die Erteilung der Vollmacht durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden oder dem Dritten, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll. In unserem Falle wird die Erklärung abgegeben gegenüber dem Dritten, und es erhebt sich nun die Frage, kann eine Erklärung durch schlüssiges Verhalten einem bestimmten Dritten gegenüber abgegeben werden? Diese Frage verneint Schloßmann.[3]) „Eine mündliche Erklärung kann wohl einem anwesenden Dritten gegenüber abgegeben werden, und zwar dadurch, daß man die Rede an ihn richtet, eine schriftliche Erklärung kann gegenüber einem Abwesenden abgegeben werden, dadurch, daß man einen Brief an ihn richtet. Allenfalls wird man auch von Handlungen, die gerade auf das Verhältnis des Handelnden zu einem Dritten Beziehung haben, aussagen können, sie seien ihm gegenüber vorgenommen, aber nur dann, wenn sie ab-

[1]) vgl. z. B. Endemann, B.G.B. I, S. 407; Dernburg, B.G.B. I, S. 533; Biermann, Stellvertretung, S. 23; ganz besonders: Hupka, Vollmacht, S. 119 ff.

[2]) vgl. besonders: Seuffert, Bd. 6 No. 32, Bd. 24 No. 138; R.G. Bd. 1 S. 9, Bd. 43 S. 188; ferner: Bd. 5 S. 17, Bd. 22 S. 76; O.L.G. Bd. 13 S. 328–330, Bd. 17 S. 384; Gruchot, Bd. 52 S. 938; Seuffert, Bd. 12 No. 132, Bd. 36 No. 55, Bd. 48 No. 49; R.O.H.G. Bd. 1 S. 152, 153 a. E., Bd. 5 S. 209, Bd. 9 S. 105 a. E., Bd. 10 No. 26, 86, Bd. 11, 34 a. A., Bd. 13, 212, Bd. 15, 408, 409.

[3]) Stellvertretung II, S. 422.

sichtlich so vorgenommen sind, daß der andere Kenntnis von der Handlung erlangen kann, oder doch wenigstens in dem sicheren Bewußtsein, daß er es könne. Daß aber jemand konkludente Handlungen gegenüber einem Dritten, auf den sie ihrem nächsten Zweck nach gar keine Beziehung haben, vornehme, das wird gewiß höchst selten vorkommen. Denn wenn der Vertretene Leistungen auf Grund des Vertretergeschäfts dem dritten Mitkontrahenten des Vertreters gemacht hat, so wird er doch schwerlich dabei irgend einen Dritten außer demjenigen, den das Geschäft unmittelbar betrifft, im Auge haben, um ihm die Handlung zur Kenntnis zu bringen, und welcher Dritte sollte dann als Adressat der stillschweigenden Willenserklärung hier gedacht werden?“

Fassen wir diese Ausführungen Schloßmanns zusammen, so ergeben sich als Resultat zwei Behauptungen:

1. Eine stillschweigende Willenserklärung kann nicht gegenüber einem Dritten, auf den sie zunächst gar keine Beziehung hat, abgegeben werden,
2. ein bestimmter Dritter ist in solchen Fällen wie dem unsrigen, wo der Vertreter nacheinander mit den verschiedensten Personen kontrahiert, nicht vorhanden.

a) Die Frage, ob eine stillschweigende Willenserklärung gegenüber einem bestimmten Dritten abgegeben werden kann, ist gegen Schloßmann zu bejahen. Wir können hierbei zurückgehen auf den ersten Entwurf, der in § 74 die Bestimmung enthielt, die Wirksamkeit einer empfangsbedürftigen ausdrücklichen Willenserklärung hängt davon ab, daß sie dem anderen Teil zukomme, die Wirksamkeit einer stillschweigenden davon, daß sie zu seiner Kenntnis gelange. Damit ist zwar eine Unterscheidung zwischen ausdrücklicher und stillschweigender Willenserklärung gemacht, die „Adressierungsfähigkeit“ der letzteren aber expressis verbis anerkannt. Es sollte bei der ausdrücklichen Willenserklärung die Empfangstheorie, bei der stillschweigenden die Vernehmungstheorie gelten, „eine stillschweigende Willenserklärung also erst mit ihrem Eintritt in das Be-

wußtsein des Destinatärs vollzogen sein".[1]) Diese Bestimmung wurde aber in der zweiten Kommission, wie schon Gierke[2]) vorgeschlagen hatte, gestrichen, und eine ausdrückliche Entscheidung der Frage, ob eine empfangsbedürftige Willenserklärung stillschweigend abgegeben werden könne, ist weder damals noch später erfolgt. Die herrschende Meinung geht davon aus, daß die Frage zu bejahen sei, so ausdrücklich Fischer-Henle:[3]) „Die Willensbetätigung oder stillschweigende Willenserklärung durch nach der Verkehrsanschauung und den Umständen des Falls schlüssige Handlungen und Unterlassungen ist auch bei empfangsbedürftigen Geschäften möglich, sofern sich der Handelnde der Schlüssigkeit bewußt war oder bewußt sein mußte."

b) Auch ein bestimmter Dritter ist vorhanden; wir werden uns darunter denjenigen vorstellen können, der in dem konkreten Fall mit dem Vertreter kontrahiert. Zum Verständnis dessen diene folgendes: Nach § 167 B.G.B. erfolgt die Erteilung der Vollmacht durch Erklärung gegenüber dem Dritten .... Nach Abs. 2 bedarf die Erklärung nicht der Form, die für das Rechtsgeschäft bestimmt ist, auf das sich die Vollmacht bezieht, folglich kann die Erklärung formlos, d. h. auch stillschweigend erfolgen. Dies für Abs. 1 verwertet gibt: Die Erteilung der Vollmacht erfolgt durch stillschweigende Erklärung gegenüber dem Dritten, demgegenüber die Vertretung stattfinden soll. Danach ergibt sich klar, daß zur Erteilung der Vollmacht drei Momente beobachtet sein müssen.

1. Es muß eine stillschweigende Erklärung vorliegen,
2. es muß ein Dritter vorhanden sein, demgegenüber die Vertretung stattfinden soll,
3. es genügt nicht das bloße Vorliegen einer stillschweigenden Erklärung, diese muß vielmehr diesem Dritten gegenüber abgegeben werden.

[1]) Gierke, Entwurf zum B.G.B., S. 162.
[2]) S. 162.
[3]) Anmerkung 3 zu § 125.

ad 1. X. hat widerspruchslos geduldet, daß Z. im Laufe des Monats Januar nacheinander mit A., B., C., D., F. Geschäfte bestimmter Art abschloß, ohne Vollmacht zu haben. Mit diesem Verhalten des X. verbindet die jedes, gleichviel wie sich äußernde Verhalten deutende Verkehrsauffassung, d. h. die vernünftige Erwägung redlicher Menschen, den Sinn, daß darin eine Erklärung des Bevollmächtigungswillens des X. liege. Somit liegt eine stillschweigende Erklärung des Bevollmächtigungswillens des X. vor. Ob X. diesen Bevollmächtigungswillen in seinem Innern auch wirklich hat oder nicht, das spielt hier gar keine Rolle, jedenfalls hat er ihn durch sein Verhalten, wenngleich stillschweigend, so doch deutlich genug erklärt.

ad 2. Es muß ein Dritter vorhanden sein, demgegenüber die Stellvertretung stattfinden soll. Führen wir unser Beispiel weiter: Im Februar will Z. mit G. ein Geschäft abschließen, dann ist G. unzweifelhaft ein Dritter, demgegenüber die Vertretung stattfinden soll. Nehmen wir an, auch dieses Geschäft würde widerspruchslos geduldet, und einige Zeit darauf will Z. mit H. kontrahieren, dann ist H. der Dritte, demgegenüber die Vertretung stattfinden soll, usw. Resultat: Der Dritte, demgegenüber die Vertretung stattfinden soll, ist der jedesmalige Gegenkontrahent des konkreten, allein in Frage kommenden Falls. Jedem einzelnen dieser Gegenkontrahenten gegenüber wird die die Vollmacht erteilende stillschweigende Willenserklärung des Vertretenen einzeln und immer wieder von neuem abgegeben (wie diese Abgabe zu verstehen ist, das werden wir sofort sehen), nicht etwa liegt, wie Schloßmann die herrschende Lehre zu verstehen scheint, eine einzige einmalige Abgabe der stillschweigenden Willenserklärung, eine einzige einmalige Vollmachtserteilung vor, wobei sich allerdings die unlösbare Frage erheben würde, welchem der vielen Dritten gegenüber sie erfolge. Vielmehr kommt für jedes neue Geschäft, das der Vertreter abschließt, die Erteilung einer neuen, selbständigen nur für diesen konkreten Fall bestimmten Vollmacht in Frage, und die Er-

teilung dieser Vollmacht erfolgt durch die stillschweigende Erklärung gegenüber dem Dritten, demgegenüber gerade in diesem konkreten Fall die Vertretung stattfinden soll. Somit ist stets ein ganz bestimmter Dritter vorhanden, demgegenüber die Vertretung stattfinden soll, zwar ist es bei jedem Geschäft ein anderer Dritter, aber das schadet ja nicht, da es sich ja eben bei jedem Geschäft um eine ganz neue Vollmacht handelt.

Eine Bemerkung sei hier noch eingeschoben: Nach § 167 ist es keineswegs notwendig, im Gegensatz zu der im gemeinen Recht oft z. B. von Lenel vertretenen Ansicht, daß die Erklärung erfolge gegenüber dem Dritten. Sie kann vielmehr auch erfolgen gegenüber dem zu Bevollmächtigenden. Nun könnte man ja einwenden: In unserem Falle werde ja doch zunächst und in erster Linie dem Pseudovertreter gegenüber die Erklärung abgegeben. Sofern nun nicht, wie in dem unten erwähnten Falle (vgl. § 9, Seite 21) der Vertretene dem Vertreter ausdrücklich erklärt, er dulde seine Geschäfte, lediglich um ihn nicht zu blamieren, verbiete ihm aber jedes weitere eigenmächtige Handeln dieser Art, wird man m. E. diesen Einwand nicht entkräften können. Diese Frage ist absichtlich nicht weiter geprüft worden, weil sie hier völlig bedeutungslos sein dürfte, und zwar aus folgendem Grunde:

§ 167 sagt zwar: . . . . Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden *oder* dem Dritten, verbietet damit aber keineswegs, daß die Erklärung erfolge gegenüber dem zu Bevollmächtigenden *und* dem Dritten. Der Paragraph sagt lediglich im Interesse des Publikums und zur Erleichterung des Verkehrs, daß das eine *oder* das andere ausreiche. Wenn aber das minus genügt, so genügt vernünftigerweise erst recht das majus, möglich ist, daß man von dieser doppelten Erklärung keinen Vorteil hat, aber zum mindesten schadet sie auch nichts! Trifft es nun aber in einem konkreten Fall zu, daß diese Erklärung abgegeben ist 1. gegenüber dem zu Bevollmächtigenden, 2. gegenüber dem Dritten, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll, so ist es

klar, daß für die fernere rechtliche Bedeutung und Beurteilung der Vollmacht nur in Frage kommen kann die Erklärung gegenüber dem Dritten. Diese steht zu der Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden im Verhältnis von majus zu minus. Dies geht deutlich hervor z. B. aus § 170 B.G.B.: Wird die Vollmacht durch Erklärung gegenüber einem Dritten erteilt, so bleibt sie diesem gegenüber in Kraft, bis ihm das Erlöschen von dem Vollmachtgeber angezeigt ist. Man wird ohne Willkür den § 170 auch dahin ausdehnen können: Wird die Vollmacht durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden und gegenüber einem Dritten erteilt, so bleibt sie dem Dritten gegenüber in Kraft, bis ihm das Erlöschen von dem Vollmachtgeber angezeigt wird, nicht etwa tritt sie schon dann außer Kraft, wenn der Vollmachtgeber allein gegenüber dem Bevollmächtigten widerruft. Und gerade weil bei einer solchen doppelten Erklärung die Erklärung gegenüber dem Dritten die Bedeutung der Erklärung gegenüber dem Bevollmächtigten völlig absorbiert, dürfte es hier zweck- und bedeutungslos sein, zu untersuchen, ob in unserem Falle eine stillschweigende Erklärung auch gegenüber dem zu Bevollmächtigenden abgegeben worden ist, denn falls dem so ist, so tritt ja doch diese Erklärung völlig in den Hintergrund im Verhältnis zu der, die dem Dritten gegenüber abgegeben worden ist. Mit letzterer werden wir uns daher einzig und allein zu beschäftigen haben.

ad 3. Wir haben oben ad 1 gesehen, daß eine stillschweigende Willenserklärung vorliege, hier ad 2, daß ein Dritter vorhanden sei, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll. Nun genügt aber nicht, daß die Willenserklärung bloß vorliege, und daß ein Dritter bloß vorhanden sei, sondern es muß zwischen diesen beiden Faktoren auch eine gewisse Verbindung hergestellt werden, d. h. es muß diese stillschweigende Erklärung gegenüber dem Dritten abgegeben werden. In dem fortgesetzten passiven Verhalten des Vertretenen liegt eine stillschweigende Äußerung seines Bevollmächtigungswillens. Warum soll

sich der Vertretene hierbei nicht sagen: Indem ich die Geschäfte meines Vertreters mit A., B., C., D. ruhig dulde, lege ich ein konkludentes Verhalten an den Tag und zwar gegenüber dem jedesmaligen künftigen Kontrahenten meines Vertreters, und zwar insofern gegenüber diesem, als er, wenn nicht eher, so doch bei Prüfung der Vollmacht meines Vertreters, erfahren wird, daß ich mich bei diesen Geschäften meines Vertreters stets so verhalten habe, damit also nach der Verkehrs- und seiner Auffassung stillschweigend meinen Bevollmächtigungswillen geäußert habe, welche Äußerung dadurch, daß er als späterer Kontrahent meines Vertreters spätestens bei Prüfung der Vollmacht desselben von ihr Kenntnis erhalten mußte und durch diese Kenntnis zum Geschäftsabschluß bewogen wurde, schon von Anfang an die Richtung auf ihn genommen hatte, also gleichsam ihm gegenüber erfolgte?

Wir nennen Erklärungen, von denen das B.G.B. verlangt, daß sie gegenüber einem andern abgegeben werden, empfangsbedürftige Willenserklärungen, zu deren Wirksamkeit § 130 B.G.B. als Erfordernis aufstellt, daß sie dem Empfänger, dem Adressaten, zugehen. Ein dem Zugehen der ausdrücklichen Willenserklärung entsprechendes Verhältnis ist bei einer stillschweigenden Willenserklärung dann vorhanden, wenn der Adressat Kenntnis von dem Verhalten des Erklärenden erlangt hat. Zur Wirksamkeit einer Erklärung durch Schweigen oder schlüssige Handlungen ist also noch erforderlich, daß dieses Verhalten zur Kenntnis des Gegners gelangt.[1]) Wir werden somit zusammenfassend sagen können: In dem passiven Verhalten des Vertretenen liegt eine stillschweigende Willenserklärung. Diese wird abgegeben in der Richtung auf die zukünftigen Kontrahenten des Vertreters, also auch in der Richtung auf jeden einzelnen von ihnen. Wirksam wird sie dem Betreffenden gegenüber dann, wenn er von dem

[1]) Staudinger, III. a. E. vor § 116; Fischer-Henle, Anm. 3 zu § 130; Planck, I, S. 206/7; Rehbein, B.G.B., Anm. 3 zum Titel „Willenserklärungen".

passiven Verhalten des Vertretenen Kenntnis erhält. Kenntnis hiervon erhält er aber, sofern er nicht schon vorher entweder selbst das Benehmen des Vertretenen beobachtet oder von anderer Seite davon erfahren hat, in dem Zeitpunkt, wo er die Vollmacht des Vertreters prüft. Daß er hierzu bis zu einem gewissen Grade verpflichtet ist, darüber vergleiche unten § 11. Man wird sich den Vorgang etwa folgendermaßen vorstellen können: H. will mit Z. ein Geschäft bestimmter Natur abschließen, Z. erklärt, er sei Vertreter des X. Darauf fragt H. den Z., ob dieser auch gerade für das in Frage stehende Geschäft Vollmacht habe, worauf Z. antwortet: Die mir ausdrücklich erteilte Vollmacht erstreckt sich auf dieses Geschäft nicht, ich habe aber bereits 10 solche Geschäfte mit anderen abgeschlossen und mein Prinzipal hat sie immer für und gegen sich gelten lassen. Damit ist das passive Verhalten des X. zur Kenntnis des H. gelangt, die in dem Verhalten liegende stillschweigende Willenserklärung, die von Anfang an die Richtung auf jeden einzelnen der zukünftigen Kontrahenten des Vertreters genommen hatten, hat ihr Ziel erreicht und ist dem Dritten gegenüber erfolgt, dem gegenüber die Vertretung in diesem Falle stattfinden sollte, und damit ist den Erfordernissen des § 167 genügt.

B. Die Folgen dieser Konstruktion.

§ 9.

Im Falle der Mentalreservation.

Wie wir etwa aus den Worten des A., „ich will, daß B. das mir von C. geschuldete Darlehen einziehe," einen Schluß auf den Bevollmächtigungswillen des A. ziehen, so zieht die herrschende Lehre den nämlichen Schluß, wenn etwa A. fortgesetzt Vertretungshandlungen des B. widerspruchslos duldet. Im folgenden werden wir nun stets die Parallele ziehen zwischen der ersterwähnten ausdrücklichen und der an zweiter Stelle behandelten stillschweigenden Bevollmächtigung.

Wenn A. nun diese oben erwähnten Worte in Kenntnis ihres Sinns ausspricht, so wird er in der Regel diesen Sinn mit ihnen auch verbunden wissen wollen, also liegt der Bevollmächtigungswille vor, folglich auch eine gültige Bevollmächtigung. Wie nun aber, wenn er diese Worte zwar in Kenntnis ihres Sinns ausgesprochen hat, trotzdem aber in seinem Innern diesen Sinn nicht will? Dann hat er eben bewußt etwas anderes erklärt, als er gewollt hat. Da also A. von diesem Zwiespalt zwischen dem, was er gewollt und dem, was er erklärt, selbst Kenntnis hat, seine Geschäftsgegner aber, die nicht in sein Inneres schauen können, seinen wahren Willen nicht wissen können, sich vielmehr auf das verlassen, was ihnen erklärt ist, so ist es klar, daß bei einer Konkurrenz der Interessen das Erklärte Geltung haben muß, ohne Rücksicht auf den wissentlich nicht erklärten wahren Willen, und diesem Bedürfnis trägt auch das B.G.B. Rechnung, indem es in § 116 bestimmt: eine Willenserklärung ist nicht deshalb nichtig, weil der Erklärende sich insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen. Infolgedessen kommt sein abweichender Wille nicht in Betracht, vielmehr gilt das Erklärte „das Meinen und Wollen hat der Mensch für sich, nur seine Willenshandlung fällt dem Arm des Rechts anheim".[1])

Übersetzen wir das bisher Gesagte aus dem Gebiet der ausdrücklichen Willenserklärung in das der stillschweigenden. Die Verkehrsanschauung verbindet mit dem fortgesetzt duldenden Verhalten des A. den Sinn, daß A. Vollmacht für diese Geschäfte erteilen wollte. Die Geschäftsanschauung ist aber nun nichts anderes als die Anschauung der Geschäftsleute, zu denen offenbar die Kunden des A. ebensogut gehören, wie er selbst. Wenn sie also mit diesem Verhalten diesen Sinn verbinden, so tuen sie Recht daran, und A. weiß auch, daß sein Verhalten diesen Sinn hat, denn er selbst würde ihm denselben Sinn beilegen, wenn ein anderer sich ihm gegenüber so verhalten wollte. Wenn

[1]) Regelsberger, Pandekten 493.

nun A. ausnahmsweise diesen Sinn nicht will, also den Bevollmächtigungswillen nicht hat, obwohl er fortgesetzt sich so anstellt, daß seine Kunden mit seinem Verhalten diesen Sinn verbinden müssen, so liegt nicht der mindeste Grund vor, diese „stillschweigende Erklärung" anders zu behandeln wie die ausdrückliche. Auch hier erklärt, allerdings nur stillschweigend, A. bewußtermaßen etwas anderes, als er will, folglich werden auch hier seine Kunden, die nicht in sein Inneres schauen, also den wahren Willen nicht erfahren können, sich an das ihnen Erklärte halten und hierin durch § 116 B.G.B. geschützt werden. Auch hier kommt der abweichende Wille nicht in Betracht, vielmehr gilt das Erklärte. „Die Rechtsordnung wie das Leben müssen mit relativen Größen rechnen und sich mit derjenigen Sicherheit begnügen, welche die durchschnittliche Erfahrung an die Hand gibt. Der Wille, der nach menschlicher Erfahrung mit einer wörtlichen oder werktätigen Äußerung verbunden zu sein pflegt, ist für das Recht der Wille des einzelnen Falls.[1]) Auf diesen Willen kann sich der Handelnde berufen, für diesen wird er verantwortlich gemacht. Bei der Würdigung des Verhaltens ist davon auszugehen, daß eine Person vernünftig und rechtlich gehandelt habe. Niemand kann die Verantwortung für seine Handlungsweise mit der Berufung bekämpfen, er sei in unredlicher Weise zu Werke gegangen."

Wir haben hier zunächst den „Regelfall" der Mentalreservation behandelt, den Fall nämlich, daß A. fortgesetzt Vertretungshandlungen des B. duldet, indem er im Innern von der dolosen Erwägung ausgeht: ich will diese Geschäfte ruhig für und gegen mich wirken lassen, wenn und solange sie mir Vorteil bringen, darum will ich auch den Vertreter, indem ich weder ja noch nein sage, ruhig gewähren lassen. Fällt aber dann doch einmal ein Geschäft zu meinem Schaden aus, nun so lehne ich eben die Haftung ab, mit der Begründung, ich hätte nie den Bevollmächtigungs-

[1]) Regelsberger, Pandekten 504.

willen gehabt. Durch sein langdauerndes passives Verhalten hat er allerdings seinen Bevollmächtigungswillen — wie aus der Konstruktion der herrschenden Lehre sich ergibt — wenn auch nur stillschweigend, so doch zu deutlich erklärt, als daß seine jetzige dolose Behauptung ihm nützen könnte. Wir stehen vielmehr vor der Tatsache, daß er eben etwas anderes gewollt, als er, wenn auch stillschweigend, so doch recht deutlich erklärt hatte. Dieser Zwiespalt zwischen Wille und Erklärung war ein dem Erklärenden bewußter. Den bewußten Zwiespalt zwischen Wille und Erklärung bezeichnen wir als Mentalreservation und behandeln ihn nach § 116 B.G.B., d. h. nicht der wahre Wille, sondern das Erklärte gilt.

Wie aber ist diesem „Regelfall" gegenüber der Tatbestand zu beurteilen, den Schloßmann in Bekämpfung der herrschenden Lehre von der stillschweigenden Bevollmächtigung seinen Ausführungen zugrunde legt.[1]) Es handelt sich hierbei um den Fall, daß ein Vater die Vertretungshandlungen seines Sohnes duldet, aber nur nach außen hin, um ihn nicht bloßzustellen, im Innenverhältnis aber ihm aufs strengste jeden weiteren Geschäftsabschluß verbietet.

Gehen wir zunächst mit Schloßmann von der Voraussetzung voraus, daß der Vertretene die oben bezeichneten Umstände (daß er — allerdings lediglich dem Vertreter gegenüber — sein Mißfallen geäußert, gewarnt, weitere Geschäfte dieser Art verboten habe), durch das Zeugnis einiger mit ihm vertrauter Personen beweisen lassen könnte. Da der Vertretene hier ganz offenbar den Bevollmächtigungswillen nicht hat, den Vertreter vielmehr nur aus persönlichen Gründen, nämlich, weil er ihn nicht bloßstellen und weil er den Frieden mit ihm erhalten will, gewähren läßt, „so, sagt Schloßmann, wird man eine Bevollmächtigung des Vertreters nicht annehmen dürfen. Es liege also keine stillschweigende Vollmachtserweiterung vor. Der Ver-

[1]) Schloßmann, Stellvertretung, II, S. 421.

tretene würde gegenüber den Ansprüchen aus späteren Geschäften sich darauf berufen können, daß er nach jedem der früheren das Verbot des Abschlusses fernerer Geschäfte wiederholt habe. Schloßmann sagt weiter: Dieser Fall zeige klar, daß, wer öfters die von einem anderen in seinem Namen geschlossenen Geschäfte als für sich bindend anerkennt, keineswegs die Absicht haben muß, damit auch für die Zukunft eine Vollmacht zu derartigen Geschäften zu erteilen. Mit dem geltenden Recht aber würde das alles im Widerspruch stehen. Mit Recht wird vielmehr in der Praxis auf solche Motive des Vertretenen, sofern sie dem Dritten, der eine Bevollmächtigung behauptete, nicht etwa bei dem Geschäftsabschluß bekannt waren — sie entziehen sich aber naturgemäß in der Regel seiner Kenntnis — gar keine Rücksicht genommen, sondern der Herr, der wissentlich die Geschäftsführung des andern geduldet, die Verpflichtungen aus den Geschäften erfüllt, Leistungen aus ihnen entgegengenommen hat, kann auch aus den späteren Geschäften in Anspruch genommen werden, ohne Rücksicht auf die Beweggründe, die ihn bei seinem Verhalten gegenüber den früheren geleitet haben."

Nach Schloßmanns Ausführungen stehen wir vor der im ersten Augenblick merkwürdigen Erscheinung, daß Schloßmann, der als Gegner der herrschenden Lehre von der Voraussetzung ausgeht, eine Bevollmächtigung des Vertreters liege hier nicht vor, zu demselben Resultat kommt, nämlich Haftung des Vertretenen, wie die herrschende Lehre, wenn sie vom geraden Gegenteil, nämlich davon ausgeht, daß eine stillschweigende Bevollmächtigung vorliege. Ziehen wir hieraus den Schluß, so kommen wir zu folgendem Resultate: Entweder sind Schloßmanns Ausführungen richtig, und dann ist die herrschende Lehre falsch, oder umgekehrt, die herrschende Lehre ist richtig und dann muß in Schloßmanns Ausführungen irgendwo ein Fehler sein. Da ich die herrschende Lehre für richtig halte, wird hier ein Fehler Schloßmanns festzustellen und zu beweisen sein. Einen solchen aber kann Schloßmann

1. entweder dadurch gemacht haben, daß er von einer nicht richtigen Voraussetzung ausgeht, indem er sagt: „Man wird eine Bevollmächtigung des Vertreters nicht annehmen dürfen“,
2. oder dadurch, daß sein Resultat nicht richtig ist, wenn er sagt: der Herr kann auch hier aus späteren Geschäften in Anspruch genommen werden.

Ich bin der Ansicht, daß das erstere der Fall ist, und will diese meine Ansicht auch unten zu begründen versuchen. Hier sei zunächst einmal die zweite Möglichkeit angenommen, nämlich, daß Schloßmanns Voraussetzung richtig sei, dann wäre, um einen Fehler Schloßmanns und damit indirekt die Richtigkeit der herrschenden Lehre zu beweisen darzutun, daß Schloßmanns Urteil unrichtig ist.

Es wäre demnach zunächst nachzuweisen, daß, entgegen der Annahme Schloßmanns, der Vater nicht haftet. Nun liegt ja allerdings in einem fortgesetzten Dulden von Vertretungshandlungen in der Regel eine stillschweigende Bevollmächtigung. Aber nur in der Regel, durchaus nicht immer! Wir haben schon (oben S. 13 a. E.) gesagt, daß in dem fortgesetzten Dulden von Vertretungshandlungen eine stillschweigende Bevollmächtigung dann nicht liegt, wenn dieses Verhalten — wie hier — auf besondere Gründe und Voraussetzungen rein persönlicher Natur zurückzuführen ist.

Die besonderen Gründe oder Voraussetzungen des Vertretenen sind also durchaus nicht rechtlich gleichgültig, vielmehr — so wird man Hupkas Gedankengang fortsetzen müssen — wird bei ihrem Vorliegen auch die herrschende Lehre eine stillschweigende Bevollmächtigung nicht annehmen, dann aber auch natürlich den Vertretenen entgegen der Annahme Schloßmanns nicht haften lassen.

Damit eine stillschweigende Bevollmächtigung nicht vorliege, ist aber nicht nur nötig, daß die „besonderen Gründe und Voraussetzungen“ tatsächlich überhaupt vorhanden seien, sondern der „Vertretene“ muß auch — ausdrücklich oder stillschweigend — erklären, daß er nicht den Willen habe,

Vollmacht durch sein passives Verhalten gegenüber den Überschreitungen zu erteilen, sondern daß zur Duldung Überschreitungen ihn eben lediglich besondere, rein persönliche Gründe bewegten. Nun könnte man ja mit Schloßmann erwidern, daß in unserem Falle der Vertretene die eben erforderten Erklärungen oft genug abgegeben habe, indem er nach jedem einzelnen Geschäft seinem Vertreter die ernstesten Vorhaltungen gemacht habe. Schloßmann meint, wenn der Vertretene sich dem dritten Kontrahenten gegenüber hinsichtlich der Vollmachtsüberschreitungen seines Vertreters forgesetzt völlig passiv verhält, wohl aber seinem Vertreter persönlich nur in Gegenwart weniger ebenso vertrauter wie verschwiegener Zeugen die heftigsten Vorwürfe mache, so dokumentiere er damit zur Genüge seinen jeder Vollmachtserweiterung durchaus entgegengesetzten Willen, also liege eine Bevollmächtigung nicht vor, also spräche es doch deutlich gegen die herrschende Lehre, daß trotzdem hier die Praxis den Vertretenen haftbar mache. Schloßmann glaubt also, die persönlichen Auseinandersetzungen mit dem Vertreter allein hätten irgendwelche Bedeutung. Gewiß sind „besondere Gründe", die im Einzelfalle den Vertretenen zu seinem dem Dritten gegenüber passiven Verhalten bestimmen, geeignet, keinen Zweifel darüber zu lassen, daß der Bevollmächtigungswille nicht vorhanden sei. Letzteres muß aber — ausdrücklich oder stillschweigend — erklärt werden, nun ist es zwar erklärt worden, nämlich gegenüber dem Vertreter persönlich, ohne daß ein Wort davon in die Außenwelt gelangt. Diese Erklärung kann aber hier keinesfalls genügen, es ist vielmehr nötig, daß der Vertretene sie auch nach außen hin, wenn auch in schonender Weise für den Vertreter, abgibt.

Das Erklärte ist nichtig und das Gewollte gilt, wenn die Erklärung einem andern gegenüber abzugeben ist und dieser den Vorbehalt kennt, § 116, Satz 2. In unserem Falle des fortgesetzten Duldens von Vertretungshandlungen ist aber, vgl. hier oben § 8, die stillschweigende Erklärung gegenüber dem dritten Kontrahenten abgegeben worden.

Den inneren Vorbehalt, das Erklärte nicht zu wollen, kannte aber nur der Vertreter, nur diesem gegenüber hat ja der Vertretene seine Mißbilligung ausgesprochen. Dem Dritten gegenüber erklärte er bewußt, wenn auch stillschweigend, fortgesetzt etwas anderes als er wollte. Der Dritte kennt also den Vorbehalt nicht, dieser bleibt vielmehr insgeheim, auch wenn er dem Vertreter bekannt wird, der Schwerpunkt liegt auf der Kenntnis des Dritten; die des Vertreters ist, solange er sie nicht etwa an den Dritten weitergibt, völlig bedeutungslos. Das erkennt klar an z. B. Hölder[1]) „insgeheim ist aber jeder mit einer Erklärung verbundene Vorbehalt getroffen, wenn er nicht derjenigen Person gegenüber erklärt ist, der gegenüber die Erklärung vollzogen wurde". Damit fällt Schloßmanns ganzer scharfsinnig aufgebauter Tatbestand in ein Nichts zusammen. Auch hier liegt eine Mentalreservation vor, das Erklärte gilt, der fehlende Bevollmächtigungswille kommt nicht in Betracht, auch hier haftet der Vertretene. Seine Mentalreservation unterscheidet sich von der des ersten Falles durch nichts anderes als ein rechtlich völlig gleichgültiges Motiv. Er handelt hier gleichsam aus einem edleren Beweggrunde heraus. Während er nämlich im ersten Falle aus reinem Eigennutz bei den glücklichen Geschäften schwieg, um beim ersten ungünstigen mit seiner dolosen Behauptung hervorzutreten, daß ihm der Wille die Vollmacht zu erteilen völlig fern gelegen habe, so handelt er hier aus einer persönlichen Rücksicht gegen seinen Vertreter, den er nicht bloßstellen will. An der rechtlichen Natur seiner Handlungsweise ändert das aber nicht das mindeste. Solange er nur gegenüber seinem Vertreter, nicht auch gegenüber dem Gegenkontrahenten ausdrücklich oder stillschweigend erklärt, daß er den Bevollmächtigungswillen nicht habe, der in seinem Verhalten liege, handelt es sich um nichts anderes als einen wenngleich nicht unedlen Motiven entsprungenen insgeheimen Vorbehalt, das Erklärte

[1]) Anmerkung 2 zu § 116.

nicht zu wollen im Sinne von § 116 B.G.B. Daß Mentalreservation auch bei stillschweigenden Willenserklärungen ebenso möglich ist wie bei ausdrücklichen, daß sie demgemäß nach § 116 B.G.B. zu beurteilen sind, anerkennt Manigk[1]) „in beiden Fällen wird gleich unerbittlich von der Erklärungshandlung auf den entsprechenden inneren Willen geschlossen, und dieser Wille ist dann, auch wenn er nicht der wirkliche ist, der wirksame. Gegenüber der Täuschungsabsicht des Erklärenden würde die Befolgung der Willenstheorie keinen Sinn haben, mag die Erklärung ausdrücklich oder stillschweigend sein. Die Verkehrsrücksichten gebieten in diesem Falle ein strenges Festhalten an der Erklärung, freilich nur solange, als der innere Vorbehalt dem Erklärungsgegner verborgen bleibt."

§ 10.

Im Falle des Irrtums.

A. sagt: Ich will, daß die von B. in meinem Namen abgeschlossenen Geschäfte für und gegen mich gelten. Damit tut A. zunächst nichts weiter, als daß er diese Worte ausspricht. Die Verkehrsauffassung, d. h. die durchschnittliche Gesamtauffassung normaler Menschen, ist es erst, die mit diesen Worten des A. den Sinn verbindet, daß A. den B. habe bevollmächtigen wollen: Wir sagen, es liege eine ausdrückliche Erklärung des Bevollmächtigungswillens des A. vor.

A. duldet, daß B. fortgesetzt Geschäfte für ihn abschließt. Damit tut A. zunächst nichts weiter, als daß er diese Geschäftsführung duldet. Aber auch hier greift die jedes, gleichviel wie sich äußernde Verhalten deutende Verkehrsauffassung ein und verbindet mit dem Verhalten des A. den Sinn, daß er den B. habe bevollmächtigen wollen: Wir sagen, es liege eine stillschweigende Erklärung des Bevollmächtigungswillens des A. vor. Wenn nun A. die Vertretungshandlungen des B. duldet, so hat das vor-

[1]) Manigk. S. 70.

läufig dieselbe Bedeutung, als wenn er in einem Zimmer, in dem außer ihm niemand ist, die Worte ausspricht: Ich will, daß die von B. in meinem Namen abgeschlossenen Geschäfte für und gegen mich gelten. Dieselbe Bedeutung! nämlich gar keine. Zwar liegt in beiden Fällen eine Erklärung vor, im ersten Fall eine ausdrückliche, im zweiten Fall eine stillschweigende. Das bloße Vorliegen einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Erklärung genügt aber nicht zur Begründung einer Vollmacht, denn die Bevollmächtigung ist ja ein einseitiges „empfangsbedürftiges" Rechtsgeschäft. Zur Wirksamkeit der ausdrücklichen Erklärung ist also nach § 130 nötig, daß sie dem Adressaten zugeht, Empfangstheorie. Wie steht das bei der stillschweigenden Erklärung? Daß eine empfangsbedürftige Erklärung stillschweigend abgegeben werden kann, bejaht ausdrücklich Fischer-Henle, Anm. 3 zu § 125, und Planck, Staudinger, Anm. 3 vor § 116, sowie Fischer-Henle, Anm. 3 zu § 130, sagen: „Daß ein dem Zugehen der ausdrücklichen Willenserklärung entsprechendes Verhältnis bei der stillschweigenden Erklärung dann anzunehmen sei, wenn der Adressat Kenntnis von dem Verhalten des Erklärenden erlangt habe." Vernehmungstheorie!

Zur Wirksamkeit der ausdrücklichen Erklärung ist somit nötig, das Zugehen an den Adressaten;

zur Wirksamkeit der stillschweigenden, daß der Adressat Kenntnis erlangt von dem passiven Verhalten des Erklärenden.

Wer ist der Adressat?

Nach § 167 der zu Bevollmächtigende oder der Dritte, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll.

Wenn A. geduldet hat, daß B. hintereinander mit C., D., E., F., G., H. Geschäfte abschließt, und im nächsten Fall will der Vertreter mit K. kontrahieren, dann ist in dem Fall K. der Dritte, demgegenüber die Vertretung stattfinden soll. Ist dieses Geschäft erledigt, so ist damit diese Vollmacht erledigt. Will nun der Vertreter mit N. kontrahieren, so ist nun N. der Dritte, demgegenüber die

Vertretung stattfinden soll, und demgegenüber die Erklärung des Bevollmächtigungswillens abgegeben wird. Wirksam wird ihm gegenüber die in dem passiven Verhalten des Vertretenen liegende stillschweigende Erklärung, und damit die Vollmacht erteilt, wenn er von dem Verhalten des Vertretenen Kenntnis erlangt. Resultat: Es liegt bei jedem neuen Geschäft vor

1. eine neue Vollmacht,
2. ein anderer Dritter, demgegenüber die Vertretung stattfinden soll.

In der Regel wird A., wenn er sagt, die von B. in meinem Namen abgeschlossenen Geschäfte sollen für und gegen mich gelten, oder wenn er sich zu Vertretungshandlungen des B. fortgesetzt stillschweigend verhält, auch mit dieser ausdrücklichen bezw. stillschweigenden Erklärung denselben Sinn verbinden und verbinden wollen, wie die Verkehrsauffassung, d. h., er wird das von ihm Erklärte, die Bevollmächtigung des B., auch wollen. Nun kann es aber auch vorkommen, daß er etwas anderes erklärt, als er will und dieser Zwiespalt zwischen dem, was er erklärt und dem, was er in Wahrheit gewollt, kann sein

1. ein ihm bekannter, dann liegt der Fall der Mentalreservation vor, § 116 B.G.B., mit der Wirkung: das Erklärte gilt,

2. oder ein ihm unbewußter, dann liegt der Fall des Irrtums vor, er war entweder über den Inhalt seiner Erklärung im Irrtum, oder er hat eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollen, § 119. Das hat die Wirkung, daß zwar das Erklärte gilt, er aber, sofern die weiteren Voraussetzungen des § 119 vorliegen, seine Erklärung wegen Irrtums anfechten kann. Dies bezieht sich zunächst und sicher auf den Fall der ausdrücklichen Willenserklärung, zweifelhaft könnte man sein, ob diese Vorschriften des B.G.B. über Willensmängel auch auf die sogenannte stillschweigende Erklärung Bezug haben. Wir werden diese Frage mit Planck einschränkend dahin beantworten können: „Ja, soweit dies nach der Natur derselben möglich

ist. Man könnte, so fährt Planck fort, hiergegen zwar einwenden, daß bei der stillschweigenden Willenserklärung der Wille nur aus den Umständen geschlossen wird, und daß, wenn dieser Schluß sich im einzelnen Falle als unrichtig herausstellt, eine Willenserklärung überhaupt nicht vorliege. Dieser Einwand beruht aber auf einer unrichtigen Auffassung des Begriffs der stillschweigenden Willenserklärung. Der objektive Tatbestand einer solchen liegt vor, wenn z. B. jemand fortgesetzt widerspruchslos Vertretungshandlungen eines andern duldet. Ein prinzipieller Unterschied zwischen der ausdrücklichen und der sogenannten stillschweigenden Willenserklärung besteht in der Beziehung nicht. Der aus dem Verhalten zu ziehende Schluß kann sowohl bei der stillschweigenden wie bei der ausdrücklichen Willenserklärung im Einzelfall dem wirklichen Willen nicht entsprechen."[1]) Es ist eben zu beachten, daß, ob nun Worte gesprochen bezw. geschrieben werden oder ein gewisses Verhalten an den Tag gelegt wird, damit positiv niemals mehr geschieht, als daß eben die Worte ausgesprochen bezw. niedergeschrieben werden oder ein gewisses Verhalten zur Schau getragen wird und erst die Verkehrsauffassung es ist, die aus diesen Umständen einen bestimmten Schluß zieht. Es ist klar, daß dieser Schluß im ersten wie im zweiten Fall ein anderes Ergebnis haben kann, als dem wahren Willen entspricht, ohne daß der Erklärende diesen Zwiespalt kennt.

Die Voraussetzungen des § 119 in Anwendung auf unsere Fälle der sogenannten stillschweigenden Bevollmächtigung:

a) Der Vollmachtgeber muß bei Abgabe der Willenserklärung im Irrtum gewesen sein über den Inhalt derselben, oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht haben abgeben wollen. Für unseren Fall erscheint mir letzteres als zutreffender. Immerhin ist ja dieser sogenannte „Verlautbarkeitsirrtum, das Mißverstehen des Sinns der ab-

[1]) Planck, B.G.B., I, S. 209/210.

gegebenen Erklärung nur eine besondere Art des Irrtums über den Inhalt einer Erklärung". Dieser Verlautbarkeitsirrtum[1]) besteht darin, „daß der Erklärende mit dem Erklärten eine falsche Vorstellung verbindet, weil er seinen Sinn mißversteht, z. B. weil er einem gewählten Ausdruck eine andere Bedeutung beilegt, als sie ihm nach der allgemeinen Anschauung des Kreises, in welchem er die Erklärung abgibt, zukommt".[2]) Gerade für unseren Fall halte ich hier Schloßmanns Ausführungen für so treffend, daß ich mich darauf beschränken möchte, seine Worte wiederzugeben:[3]) „Man wird sich die Sache so vorstellen, daß der Vertretene gar keine Vorstellung gehabt hat, daß in seinem Dulden des wiederholten Handelns des Vertreters eine stillschweigende Bevollmächtigung liege, er soll ja seine Bevollmächtigungserklärung wegen Irrtums anfechten dürfen, muß sich also über den Inhalt seiner Erklärung, d. h. darüber im Irrtum befinden, daß sein Verhalten der Ausdruck eines Bevollmächtigungswillens sei. Das wäre nun aber, wenn ein solches Verhalten in der Tat nach der Verkehrsanschauung als eine stillschweigende Bevollmächtigungserklärung aufzufassen wäre, eigentlich gar nicht anders möglich, als wenn der Vertretene ein Idiot wäre und dann wäre seine stillschweigende Erklärung schon aus diesem Grunde nichtig. Wer würde denn dann einem geistig normalen Menschen, der sich so verhalten hat, glauben, daß er diese Bedeutung seines Verhaltens nicht gekannt habe?" Man wird im allgemeinen Schloßmann Recht geben müssen. Erwägen wir, daß eine ausdrückliche Erklärung deutlicher ist, wenigstens als deutlicher gilt, aber gerade darum auch schneller einen Irrtum über ihren Inhalt zuläßt. Das scheint ein Widerspruch zu sein, dennoch halte ich es für das richtige, denn man wird nicht leugnen können, daß gerade, weil das gesprochene oder geschriebene Wort oder ein Kopfnicken bezw. Kopfschütteln deutlicher

[1]) Staudinger, II, 2 zu § 119.
[2]) Staudinger, ebenda.
[3]) Schloßmann, Stellvertretung II, S. 509.

ist, darum auch die Verkehrsauffassung leichter und schneller daran einen bestimmten Sinn knüpft, ohne näher zu prüfen. Anders bei der sogenannten stillschweigenden Erklärung. Diese tritt nicht so unmittelbar und deutlich vor uns, aber gerade darum unterziehen wir sie einer weit reiferen inneren Beurteilung, es bedarf eines bedeutend längeren inneren Gedankenganges, bis wir uns entschließen, dem Verhalten einer Person einen ganz bestimmten Sinn beizulegen. Viel ängstlicher prüft hier die Verkehrsauffassung, die doch zugleich die Auffassung des Durchschnittsmenschen ist, ob auch alle einzelnen Elemente, aus denen sich das Verhalten des betreffenden zusammensetzt, gemeinsam und übereinstimmend nur gerade auf diesen einen ganz bestimmten Sinn hindeuten. Haben wir doch gerade selbst gefordert: Es genüge nicht jedes widerspruchslose Dulden, es müßten vielmehr mehrere derartige Duldungen vorliegen, sie müßten ihrer Zahl nach schon den Charakter der Selbstverständlichkeit angenommen haben, die geschlossene Zahl derselben dürfte nicht durch einzelne entgegengesetzte Handlungen, Zurückweisungen, unterbrochen sein. Danach dürfte es wohl klar sein, daß die Verkehrsauffassung, die ja den Sinn der ausdrücklichen wie der stillschweigenden Erklärung bestimmt, im ersteren Falle, wenn auch sorgfältig, so doch im Verhältnis bedeutend leichtsinniger zu Werke geht, als bei der stillschweigenden Erklärung, wo ungleich gründlicher geprüft wird und ganz besondere Vorsichtsmaßregeln beobachtet werden, bis die Verkehrsauffassung mit einem bestimmten Verhalten einen bestimmten Sinn verbindet. Aber gerade darum ist es auch bei einer stillschweigenden Erklärung schwerer denkbar, daß ein Mensch über den Inhalt einer solchen im Irrtum sein kann. Wie soll der einzelne seinem Verhalten einen ganz anderen Sinn beilegen, wo er doch nichts anderes als selbst ein einzelnes Mitglied jenes Kreises ist, der in übereinstimmender und darum nach menschlicher Berechnung als richtig garantierter Gesamtauffassung mit diesem Verhalten den entgegengesetzten Sinn verbindet. Zuzugeben ist ja freilich,

daß ein Bauer mit einem bestimmten Verhalten event. einen ganz anderen Sinn verbindet, als vielleicht ein Marineoffizier, oder ein Amerikaner im Vergleich zu einem Tibetaner oder ein Angehöriger des 20. Jahrhunderts im Vergleich zu einem der Zeit des A.L.R. oder des römischen Rechts. Die Möglichkeit solcher verschiedener Auffassungen soll freilich nicht geleugnet werden, aber gerade darum wird und muß die Verkehrsauffassung solche Standes-, Landes- und Zeitunterschiede stets berücksichtigen und niemals in solchen Fällen eine stillschweigende Erklärung annehmen.

b) Es muß ferner anzunehmen sein, daß der Vertretene bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles die Erklärung nicht abgegeben haben würde.

Nehmen wir nun an, es lägen in einem konkreten Falle alle diese Voraussetzungen vor: Der Erklärende hätte keine Ahnung davon, daß in seinem Verhalten eine stillschweigende Erklärung seines Bevollmächtigungswillens liege, er glaubt vielmehr fest, daß es sich, wenn er zu den einzelnen Geschäften nichts sagt, lediglich um eine Genehmigung des einzelnen Geschäfts handele, und daß es bei einer bloßen Genehmigung von Fall zu Fall auch dann noch bewende, wenn die Genehmigungen aufgehört haben, ganz vereinzelt vorzukommen, vielmehr ihrer Zahl nach den Charakter der Selbstverständlichkeit angenommen haben; der Fall liege ferner so, daß der Erklärende bei Kenntnis der Sachlage, also wenn er gewußt hätte, daß sein widerspruchsloses Verhalten die Bedeutung einer stillschweigenden Willenserklärung habe, die Erklärung nicht abgegeben hätte, weil ihm derjenige, der für ihn die Geschäfte abschloß, als ein Betrüger bekannt war, oder weil er ihn nur für einen engeren Kreis von Geschäften bevollmächtigen wollte, bei denen er ihn ganz genau beaufsichtigen konnte, nicht aber auch gerade für die hier in Betracht kommenden Geschäfte bestellen wollte, weil bei diesen eine genaue Beaufsichtigung und Überwachung nicht möglich wäre; es sei ferner anzunehmen, daß er die Erklärung bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben hätte, weil er eben hier für

die Unterschlagung seines Vertreters haftbar gemacht werden solle. Wenn nun diese Voraussetzungen vorliegen, so ist m. E. nicht einzusehen, weshalb § 119 nicht Anwendung finden, weshalb dem Irrenden bei einer stillschweigenden Erklärung die Anfechtung versagt sein solle, die ihm im Falle der ausdrücklichen Erklärung das Gesetz gewährt.

Die Erklärung, über deren Inhalt der Erklärende im Irrtum war, oder die er überhaupt nicht abgeben wollte, besteht hier in einem schlüssigen Verhalten. Diese Erklärung wurde abgegeben gegenüber dem Dritten, demgegenüber die Vertretung stattfinden soll, d. h. dem Gegenkontrahenten des Pseudovertreters in diesem konkreten Falle, und zwar dadurch, daß dieser Gegenkontrahent von dem Verhalten des Vertretenen, wenn wir ihn so nennen wollen, Kenntnis erhielt. Diese Erklärung will der Vertretene anfechten.

Die Anfechtung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner, § 143, 1. Anfechtungsgegner ist bei einem einseitigen Geschäft, das einem andern gegenüber vorzunehmen war und vorgenommen ist, der andere, § 143, 3, d. h., hier der Gegenkontrahent des Vertreters. Diesem muß also der Vertretene erklären, daß er durch sein fortgesetztes widerspruchsloses Dulden dem Pseudovertreter nicht habe Vollmacht erteilen wollen, daß er vielmehr, wie er durch eidliche Zeugen beweisen könne, lediglich eine Genehmigung der einzelnen Geschäfte von Fall zu Fall gewollt habe.

Diese Anfechtung muß ohne schuldhaftes Zögern erfolgen, nachdem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis erlangt hat, § 121. Diese Kenntnis wird er in unserem Falle regelmäßig dann erlangen, wenn er von dem Gegenkontrahenten des Vertreters in Anspruch genommen wird, nachdem der Vertreter die Unterschlagung oder dergleichen begangen hat. Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn seit der Abgabe der Willenserklärung, d. h., da es sich um eine stillschweigende Willenserklärung handelt, seit der Kenntnis des Dritten

von dem Verhalten des Vertretenen 30 Jahre verstrichen sind, § 121 Abs. 2.

Die — wie in unserm Falle — einem Abwesenden gegenüber erfolgte Anfechtung gilt als rechtzeitig erfolgt, wenn die Anfechtungserklärung unverzüglich abgesendet worden ist, § 121 Abs. 1 Satz 2.

Wirksam aber wird sie erst, wenn sie dem Anfechtungsgegner, d. h. dem Dritten, zugeht.[1])

Die Wirkung der Anfechtung bestimmt § 142, 1: Wird ein anfechtbares Rechtsgeschäft angefochten, so ist es als von Anfang an nichtig anzusehen, d. h., diese Bevollmächtigung, aber auch nur diese des ganz konkreten Falles, gegenüber diesem Kontrahenten, ist als nichtig anzusehen. „Mit der Vollmacht zerfallen aber auch die auf ihrer Grundlage bereits vollzogenen Rechtsakte, da ihnen durch die Anfechtung der Vollmacht das Fundament ihrer Wirksamkeit entzogen wird.“[2]) In unserem Falle wird ja auf Grund jeder einzelnen Vollmachtserteilung gegenüber den einzelnen Kontrahenten nur je ein Geschäft abgeschlossen sein, daher wird, wenn dem einen gegenüber angefochten wird, die ihm gegenüber erteilte Vollmacht hinfällig, sowie das eine auf Grund derselben abgeschlossene Geschäft, es sei denn, was aber die Ausnahme sein dürfte, daß der Vertreter mit diesem Kontrahenten mehrere Geschäfte abgeschlossen hätte, in welchem Falle natürlich „durch die Anfechtung bezw. die hierdurch deklarierte Nichtigkeit der Vollmacht alle auf dieser aufgebauten Stellvertretungsakte niedergerissen würden“.[3]) Ferner: Spätere Geschäfte, die der bisherige Vertreter etwa abschließen sollte, haben für den Vertretenen keine Bedeutung. Denn von nun an handelt der Vertreter zweifellos als ein Vertreter ohne Vertretungsmacht, von einer stillschweigenden Bevollmächtigung kann nun nicht mehr die Rede sein, da ja die Genehmigungen durch Zurückweisung eines einzigen

[1]) Fischer-Henle, Anm. 6 zu § 121.
[2]) Hupka, Vollmacht, S. 137.
[3]) Hupka, a. a. O., S. 137.

Geschäfts in ihrer geschlossenen Reihe eine Lücke aufweisen, welche die Wirkung hat, daß weder die Verkehrsauffassung noch ein Richter, noch überhaupt ein verständiger Mensch in dem Verhalten des Vertretenen eine stillschweigende Erklärung seines Bevollmächtigungswillens sehen wird.

Ferner: Frühere Geschäfte, die der Vertreter abgeschlossen hatte, und die schon längst erfüllt und erledigt sind, werden folgendermaßen zu beurteilen sein: Auch bei ihnen war der Vertretene stets im Irrtum über den Inhalt der betreffenden stillschweigenden Erklärung gegenüber den jedesmaligen Gegenkontrahenten seines Vertreters. Er müßte also auch diese einzelnen Geschäfte anfechten können. Hierbei ist nun zu unterscheiden: Soweit die stillschweigenden Willenserklärungen, die den einzelnen Kontrahenten gegenüber die konkrete Vollmacht begründeten, ihrer Abgabe nach länger als 30 Jahre zurückliegen, ist die Anfechtung schon nach § 121 Abs. 2 ausgeschlossen. Soweit aber seit der Abgabe der einzelnen stillschweigenden Erklärungen des Bevollmächtigungswillen gegenüber den einzelnen Kontrahenten 30 Jahre noch nicht verstrichen sind, könnte der Vertretene allerdings diese einzelnen Erklärungen, über deren Inhalt er im Irrtum war, an sich anfechten durch je eine Erklärung gegenüber jedem der betreffenden Kontrahenten. Es lägen somit eine ganze Reihe selbständig anfechtbarer Rechtsgeschäfte vor. Nach § 144, 1 ist nun aber die Anfechtung ausgeschlossen, wenn das anfechtbare Reehtsgeschäft von dem Anfechtungsberechtigten in Kenntnis seines Anfechtungsrechts bestätigt wird. Indem der Vertretene früher jedes einzelne Geschäft duldete, hat er mit dieser Genehmigung des einzelnen Geschäfts keineswegs etwa eine Bestätigung im Sinne des § 144, 1 abgegeben, da er ja damals von seinem Anfechtungsrecht noch keine Ahnung hatte. Immerhin deutet doch jene Genehmigung von Fall zu Fall darauf hin, daß er mit jedem dieser Geschäfte zufrieden war. Warum also sollte er jetzt, wo er von einem Anfechtungsrecht er-

fahren hat, auch diese Geschäfte anfechten wollen? Er wird ihnen vielmehr seine Bestätigung hinsichtlich eines jeden von ihnen nicht versagen. Diese Bestätigung ist ein nicht empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft und bedarf nach § 144, 2 nicht der für das Rechtsgeschäft bestimmten Form,[1]) kann also formlos, d. h. auch stillschweigend erfolgen und wird in unserem Falle darin zu sehen sein, daß der Vertretene die Anfechtung jener Willenserklärungen nicht ohne schuldhaftes Zögern vornimmt (wie es § 121, 1 für den Fall verlangt, daß er von seinem Anfechtungsrechte Gebrauch machen will). Der Vertretene wird also nur seine letzte Willenserklärung anfechten, durch die er stillschweigend Vollmacht zu jenem Geschäft erteilt hatte, aus dem er jetzt in Anspruch genommen wird.

Diese Anfechtung hat, so werden wir zusammenfassend sagen können, folgende Wirkungen:

1. Die angefochtene Erklärung des Bevollmächtigungswillens ist als von Anfang an nichtig anzusehen, sie wird also von der Anfechtung unmittelbar ergriffen, aber infolge ihrer Nichtigkeit wird auch das (oder die) auf Grund derselben vorgenommene Geschäft nichtig, dieses wird also von der Anfechtung mittelbar getroffen.

2. Allerdings hat der Erklärende, also der Vertretene, dem betreffenden Gegenkontrahenten seines Vertreters das sogenannte negative Vertragsinteresse bis zur Höhe des positiven zu ersetzen, vgl. § 122 B.G.B.

3. Die früheren stillschweigenden Bevollmächtigungen und das auf Grund einer jeden von ihnen abgeschlossene Geschäft werden durch die Anfechtung dieser letzten Willenserklärung überhaupt nicht berührt.

4. Für etwaige spätere Vertretungshandlungen desselben Vertreters kann von einer stillschweigenden Bevollmächtigung keine Rede mehr sein, da ja die geschlossene Zahl der Genehmigungen durch eine Versagung unterbrochen worden ist.

---

[1]) Fischer-Henle, Anm. 2 zu § 144.

Nachdem im Vorliegenden versucht worden ist, eine selbständige Konstruktion aufzustellen, sei an dieser Stelle noch eine kurze Kritik der Lehren Hupkas und Schloßmanns von der Anfechtbarkeit bezw. Nichtanfechtbarkeit der Vollmachtserklärung wegen Irrtums gegeben.

Hupka ist ein eifriger Verteidiger der Anfechtbarkeit. Allerdings scheint seine Abhandlung durchaus auf den Fall der ausdrücklichen Bevollmächtigung abgestellt zu sein. Darum konnte auch aus ihr hier, wo es sich um die stillschweigende Bevollmächtigung handelt, eigentlich nichts verwertet werden.[1])

Schloßmann ist der erklärte Gegner Hupkas und der Lehre desselben von der Anfechtbarkeit der Bevollmächtigung wegen Irrtums. Er versucht eine Konstruktion aufzustellen, wie man sich eine solche Anfechtung vorstellen müsse, insbesondere, zu welchen verkehrten und völlig unbrauchbaren Konsequenzen sie führe.[2]) Würde eine Anfechtung zu den Ergebnissen führen, die Schloßmann uns konstruiert, so würden wir ihm Recht geben müssen, und zu diesen Ergebnissen kommt Schloßmann auch auf durchaus erklärliche Weise, indem er von einer aufgestellten Voraussetzung ausgehend in durchaus konsequenter Weise Schluß um Schluß zieht. Aber auch hier liegt der von Schloßmann begangene Fehler darin, daß er von einer m. E. falschen Voraussetzung vorausgeht. Wie aus seiner Darlegung ersichtlich ist, nimmt er in dem Fall fortgesetzter Duldung von Vertretungshandlungen nicht, wie es m. E. richtig ist und auch zu brauchbaren Ergebnissen führt eine vielmals, nämlich jedem einzelnen der vielen Gegenkontrahenten gegenüber einmal abgegebene stillschweigende Vollmachtserklärung an, sondern er glaubt, die herrschende Lehre dahin verstehen zu müssen, daß diese in einem solchen Falle eine einzige stillschweigende Vollmachtserteilung, diese aber dafür an unbestimmt welche und

[1]) Hupka, Vollmacht, S. 135 ff.
[2]) Schloßmann, Stellvertretung II, S. 507 ff.

wieviele Dritte gerichtet, annähme. Indem Schloßmann von dieser Auffassung ausgeht, ist es allerdings nicht zu verwundern, daß er, wo er auch immer von dieser Grundlage aus einen Schluß ziehen will, in die schwierigste Bedrängnis kommt, und so sieht er sich einer ganzen Reihe schier unlösbarer Fragen gegenüber, die wir oben unter Zugrundelegung unserer Voraussetzung mühelos gelöst haben. So ergab sich als Anfechtungsgegner oben der betreffende Gegenkontrahent, Schloßmann aber nimmt ja eine in rem gestellte Bevollmächtigung an. Die Folge davon ist, daß Anfechtungsgegner außer dem Bevollmächtigten auch jeder Dritte aus dem Publikum ist, daß also die Anfechtung durch eine öffentliche Bekanntmachung erfolgen müßte. Ferner zieht Schloßmann den Schluß, daß auf Grund der angefochtenen Vollmacht alle Geschäfte, sofern nur noch nicht 30 Jahre um sind, nichtig werden müßten. Dieses Resultat ergibt sich aus nichts anderem als Schloßmanns Voraussetzung: Da eben nur eine einzige Vollmacht vorliegt, so brechen, sofern diese angefochten wird, die auf Grund derselben abgeschlossenen Geschäfte in sich zusammen. Aber damit noch nicht genug, steht Schloßmann sofort wieder vor zwei neuen Zweifelsfragen, nämlich erstens: Werden auch diejenigen Geschäfte nichtig, welche selbst den stillschweigenden Ausdruck des Bevollmächtigungswillens bilden, oder bloß diejenigen, die er nach der Vollendung der Vollmachtserklärung geschlossen, woran sich sofort die zweite Frage anschließt: Wo ist hier die Grenze? da ja hier die Erklärung nicht, z. B. in einem kurzen Ausspruch, sondern eben in einem fortgesetzten Verhalten liegt.

Wie einfach haben sich alle diese Fragen bei uns gelöst! Von einer Nichtigkeit der früheren Geschäfte konnte da überhaupt keine Rede sein, denn es werden ja nicht die einzelnen Genehmigungen als solche angefochten, sondern doch lediglich die Gesamtbedeutung derselben als stillschweigende Vollmachtserklärung in dem konkreten Fall, eine Unterscheidung, die ebenso leicht wie notwendig

auseinander zu halten ist! Angefochten wird eben nur eine der vielen stillschweigenden Vollmachtserklärungen, nämlich diejenige, welche dem Kontrahenten desjenigen Geschäfts gegenüber abgegeben worden ist, das die Unzufriedenheit des Vertretenen erregt, weil er jetzt zu seinem Schaden aus demselben in Anspruch genommen wird.

Wir werden somit gegen Schloßmann zu dem Resultat kommen, daß auch hier dem Irrenden ein Anfechtungsrecht zu gewähren ist, sofern nur die Voraussetzungen des § 119 vorliegen.

§ 11.

Die sogenannte Erkundigungspflicht.

Wir haben im Vorliegenden gesehen, „daß die Verpflichtung des Vollmachtgebers begründet und bestimmt wird keineswegs durch seinen wirklichen Willen, sondern auch gegen denselben durch den aus den Umständen zu erschließenden vermutlichen Willen“.[1]) Darin kann unter Umständen eine gewisse Härte gegen den Vertretenen liegen, die aber dadurch wettgemacht werden soll, daß dem Dritten eine gewisse Vorsicht anbefohlen wird. Wir kommen hier zu der sogenannten Erkundigungs- oder Prüfungspflicht des Dritten, die ganz besonders bei stillschweigender Vollmachtserteilung bezw. Erweiterung praktisch wird. Der Ausdruck ist deshalb nicht gerade sehr geschickt gewählt, weil es sich hierbei weniger um eine Pflicht des Dritten handelt, als vielmehr um eine ihm gebotene Vorsichtsmaßregel, deren Beobachtung in seinem eigenen Interesse liegt.[2]) Jeder nämlich, der sich mit dem Vertreter eines Dritten einläßt, handelt bis zu einem gewissen Grade auf eigene Gefahr, er darf sich auf die Angaben des Dritten nicht blindlings verlassen, sondern muß vielmehr bis zu einem gewissen Grade die Vollmacht desselben prüfen. Betreffs des Maßes dieser Erkundigungspflicht ist m. E. eine Unterscheidung zu machen, die aller-

[1]) Thöl, Handelsrecht, I, S. 216.
[2]) vgl. Hupka, Vollmacht, S. 228.

dings in der Literatur nirgends betont ist. Die Erkundigungspflicht dürfte nämlich für den Dritten eine bedeutend stärkere sein, wenn A. sich plötzlich ihm gegenüber als Vertreter des B. ausgibt, als wenn A. ihm bereits jahrelang als Vertreter des B. bekannt ist, und also nicht die Vollmacht selbst, sondern nur ihr Umfang in Frage steht. In letzterem Falle wird die Erkundigungspflicht des Dritten auf ein Minimum zusammenschrumpfen können, da ihr gegenüber die Überwachungspflicht des Vertretenen ungleich größer sein dürfte. Habe ich bereits jahrelang mit dem mir als Vertreter des A. bekannten B. in Geschäftsbeziehung gestanden, so wird meine Pflicht, jedes neue Geschäft auf seine Vollmachtsmäßigkeit zu prüfen, sicher zurücktreten vor der Pflicht des Prinzipals, seinen Vertreter zu überwachen, den er ja, indem er ihn bevollmächtigt, dem Publikum als einen Mann seines Vertrauens gegenüberstellt und als solchen auch vom Publikum behandelt wissen will. In seinem Interesse wird ja der Vertreter tätig, er steht ja dauernd mit ihm in ungleich engerer Beziehung, wie selbst ein guter Kunde, der doch immer nur einzelne Geschäfte mit ihm abschließt, ihm selbst ist es darum auch, ohne verletzend oder beleidigend für den Vertreter zu sein, bedeutend leichter, diesen zu überwachen, als es dem Dritten ist. Sollte aus diesen Gründen nicht die Erkundigungspflicht im Falle, daß nur der Umfang der Vollmacht zweifelhaft ist, gegenüber der Überwachungspflicht des Prinzipals zurücktreten und nur auf die Fälle beschränkt werden, wo die Vollmachtswidrigkeit des Geschäfts kaum bezweifelt werden kann und ein Nichtnachprüfen „einer offenbaren mala fides des Dritten, einem geflissentlichen Nichtsehenwollen der Bedenklichkeit der Situation gleichkommt?“[1])

Etwas ganz anderes dürfte es sein, wenn mir der mir bisher als Bevollmächtigter des A. nicht bekannte B. entgegentritt unter dem Vorgeben, er sei bevollmächtigt. Hier kann von einer besonders starken Überwachungspflicht des Ver-

[1]) Mitteis, Stellvertretung, S. 194.

tretenen keine Rede sein, und in demselben Verhältnis wie die Überwachungspflicht des Vertretenen gemindert wird, in demselben Verhältnis wird die Erkundigungspflicht des dritten Kontrahenten steigen. „. . . . . Dritte Personen müssen sich von der Existenz und dem Inhalt der Vollmacht auf glaubhafte Weise Kenntnis verschaffen, widrigenfalls die von ihnen mit dem Agenten gemachten Geschäftsabschlüsse auf ihr Risiko laufen und unter Umständen den Prinzipal des Agenten nicht verpflichten.“ [1])

Wo also nicht nur der Umfang der Vollmacht, sondern diese selbst in Frage steht, da wird m. E. der Dritte mit äußerster Sorgfalt zu prüfen haben, einmal, ob der angebliche Vertreter überhaupt Vollmacht hat, sowie ferner, ob das konkrete Geschäft auch noch innerhalb dieser Vollmacht liegt. Hierbei wird er soweit gehen dürfen, als Sitte und Anstand es ihm gestatten, ohne verletzend oder beleidigend zu sein. Allerdings wird man diesen Schranken gegenüber anerkennen müssen, „daß er zu weitgehenden Nachforschungen nicht verhalten werden kann“.[2]) Es ist somit klar, daß wir unter Beobachtung der sogenannten Erkundigungspflicht ein zuverlässiges Resultat nur in den seltensten Fällen positiv erzielen werden, in der weitaus großen Mehrzahl der Fälle wird die Erkundigungspflicht nur zu der Feststellung führen, daß negativ

1. der dritte Kontrahent nicht in bösem Glauben ist,

2. daß schwerwiegende Verdachtsmomente, die zu einer eindringlicheren Prüfung des Vertreters berechtigen würden, nicht vorliegen und so „wenigstens die auf der Hand liegenden Betrugsfälle vermieden werden“.[3])

Eine weitergehende praktische Bedeutung hatte diese Erkundigungspflicht nur im A.L.R., weil nach A.L.R.

1. die Vollmachtserteilung, um den Vertretenen aus Geschäften auf Grund derselben klagbar zu verpflichten, der Schriftform bedurfte, § 8 A.L.R. I, 13,

[1]) vgl. Seuffert, Bd. 47, No. 44.
[2]) Mitteis, Stellvertretung, S. 194.
[3]) Mitteis, a. a. O., S. 194.

2. der Dritte nach § 91 das Recht hatte, die Vorlegung dieser schriftlichen Vollmacht zu fordern.

Nun hat man ja im neuen Recht das Erfordernis der Schriftform abgelehnt, die Erkundigungspflicht aber bis zu einem gewissen Grade mit übernommen. Diese aber hat unter den veränderten Verhältnissen — abgesehen von den Fällen eines irgendwie begründeten Verdachts oder eines offensichtlichen Betruges — keine weitgehende Bedeutung.

Hinsichtlich der Bedeutung der sogenannten Erkundigungspflicht für die Fälle der stillschweigenden Bevollmächtigung werden wir uns darauf beschränken dürfen, einen einzigen Satz aus v. Seelers Abhandlung: Vollmacht und Scheinvollmacht zu zitieren. v. Seeler[1]) verlangt grundsätzlich von jedem Kontrahenten, der sich mit dem angeblich Bevollmächtigten einläßt, daß er den angeblichen Vollmachtgeber frage, ob er in Wirklichkeit eine Vollmacht erteilt habe. „Aber eine solche Anfrage erübrigt sich dann, wenn der Vertretene durch sein Verhalten einen Tatbestand mit veranlaßt hat, auf Grund dessen der Dritte annehmen durfte, er sei dieser Anfrage überhoben, wenn also die Antwort antizipiert ist, oder wenigstens infolge des Verhaltens des Vertretenen antizipiert erscheint.“ Damit ist die Bedeutung der Erkundigungspflicht für unseren Fall wohl ebenso klar wie kurz erledigt.

III. Schluß.

§ 12.

Die stillschweigende Bevollmächtigung nach früherem Recht.

Daß auch das römische Recht die stillschweigende Bevollmächtigung kannte, geht hervor aus l. 8, Dig. 14, 5, deren Inhalt kurz folgender ist: Es hat ein dominus einen seiner Sklaven für bestimmte Geschäfte zum institor bestellt.

[1]) v. Seeler, a. a. O., S. 8.

Der Sklave hatte aber unter ständiger Überschreitung seiner Befugnisse auch noch andere Geschäfte abgeschlossen und sein dominus hatte diese Geschäfte so lange für und gegen sich gelten lassen, als er keinen Schaden davon hatte. Aber als der dominus wegen einer Unredlichkeit seines Sklaven aus einem dieser Geschäfte haftbar gemacht wurde, verteidigte er sich damit, daß er ja den Sklaven für diese Geschäfte nicht bestellt hätte, hatte allerdings mit dieser Verteidigung weder in erster noch in der Berufungsinstanz Erfolg. Er wurde verurteilt mit der Begründung, es liege zwar keine ausdrückliche, wohl aber eine stillschweigende Bevollmächtigung vor, da ja der Sklave mit seinem Wissen und Willen Scheuern gemietet und überhaupt Geschäfte verschiedenster Art abgeschlossen habe, also gleichsam Generalbevollmächtigter gewesen sei. Wir werden also die Bedeutung der Stelle dahin zusammenfassen können: Wir erhalten hier einen Beweis dafür, daß schon das römische Recht eine Erweiterung der praepositio durch konkludente Handlungen zuließ. Das konkludente Verhalten des dominus konnte in einem Tun, oder wie hier in einem Unterlassen bestehen, und als konkludentes Verhalten wurde es schon damals angesehen, wenn der dominus wußte, daß sein institor fortgesetzt die Grenzen der ihm erteilten Vertretungsmacht überschritt und diese Überschreitung ohne Widerspruch duldete. In diesem Falle mußte er diese Geschäfte gegen sich gelten lassen, selbst wenn einmal das eine oder das andere zu seinem Schaden ausschlagen sollte.

Mit dieser Auffassung der Stelle stimmt auch Schloßmann überein.[1]) „Der Umfang der Institorenvollmacht, der praepositio, bestimmt sich nicht bloß nach dem Inhalt, den der Herr ihr ausdrücklich gegeben, sondern auch aus der Art des Geschäftsbetriebes, wie er mit Wissen und unter Zulassung des Herrn vom institor tatsächlich gehandhabt wird."

[1]) Kontrahieren mit offener Vollmacht, S. 234.

Ebenso wie der Umfang der ausdrücklich erteilten Vollmacht durch konkludentes Verhalten des dominus auch auf Geschäfte ausgedehnt werden kann, die ursprünglich von ihr nicht mit umfaßt wurden, so ist es auch möglich, aus dem konkludenten Verhalten des dominus die Erteilung von Vollmacht überhaupt, die Anstellung als institor zu folgern.[1]) „Nicht etwa muß die praepositio eines institor ausdrücklich erfolgen, sondern sie ist schon dann anzunehmen, wenn der Herr es nur zuläßt, daß jemand in seinen Geschäften die Funktionen eines institor verrichtet."

Nach diesen allgemein gehaltenen Sätzen zitiert dann Schloßmann l. 8, Dig. 14, 5 als „sehr belehrend in Beziehung auf die Bedeutung der tatsächlichen Betriebsweise: der Herr also, der seinem institor eine bestimmt umschriebene Vollmacht erteilt hat, haftet doch auch aus jenseits derselben liegenden Geschäften, wenn er es hatte geschehen lassen, daß jener auch viele andere über die Vollmacht hinausgehende Geschäfte abschloß".

Auch Frese[2]) stimmt mit der oben vertretenen Ansicht überein, wenn er sagt: „Die Anstellung als institor kann . . . . außerdem durch stillschweigendes Gewährenlassen der Ausdehnung der Tätigkeit dieser Geschäftsverwalter auf Geschäfte erstreckt werden, auf welche sich ursprünglich die Anstellung überall nicht bezog und kann zur generellen Vollmacht bezüglich aller Rechtsgeschäfte werden, z. B. l. 8, Dig. 14, 5."

Wir werden demnach unser Urteil über die Stelle in dem Satze ausdrücken können: Es kann nach römischem Recht zur Zeit des Paulus eine praepositio durch konkludentes Verhalten des dominus erweitert werden, und ein solches schlüssiges Verhalten liegt z. B. dann vor, wenn der dominus ein fortgesetztes Überschreiten der praepositio seitens des Institor widerspruchslos duldet; Zweck der Bestimmung ist offenbar Schutz des gutgläubigen Dritten

[1]) vgl. Schloßmann, a. a. O., S. 234.
[2]) Beauftragte Vermögensverwaltung, S. 138.

gegenüber dem dominus, der aus Unredlichkeit oder Unvorsichtigkeit unterlassen hat, gegen das Überschreiten der praepositio rechtzeitig Widerspruch zu erheben.

Dasselbe gilt auch für das Zeitalter Justinians und das Gemeine Recht, wie z. B. Mitteis (Stellvertretung, S. 189) für den Fall des fortgesetzten Duldens von Vertretungshandlungen sagt: öftere Ratihabition durch den dominus kann dem Vertreter zuletzt eine wahre Vollmacht verschaffen, so z. B. l. 8, Dig. 14, 5.

Die stillschweigende Bevollmächtigung nach A.L.R.

Abgesehen von den Fällen der sogenannten vermuteten und stillschweigend erteilten Vollmacht der §§ 119 bezw. 129 A.L.R. I, 13 verlangt § 8 A.L.R. I, 13 zur Klagbarkeit eines mit einem Bevollmächtigten abgeschlossenen Geschäfts, daß der Bevollmächtigte durch einen schriftlichen Auftrag des Machtgebers legitimiert gewesen sei. Nun bilden zwar auch nach A.L.R. zahlreiche widerspruchslose Duldungen von Vertretungshandlungen derselben Art in ihrer Gesamtheit eine stillschweigende Willensäußerung im Sinne des § 58 A.L.R. I, 4 und haben an sich mit der ausdrücklichen Willensäußerung gleiche Kraft, § 59, sind aber schon überall da unkräftig, wo die Gesetze eine ausdrückliche Erklärung zu der rechtsgültigen Form des Geschäfts erfordern, § 60, also erst recht dann, wenn, wie § 8 A.L.R. I, 13 Schriftform verlangt ist.

Lebenslauf.

Am 7. Mai 1888 wurde ich, Arthur Friedrich Wilhelm Schedwig, als Sohn des Kaufmanns Heinrich Schedwig und seiner Ehefrau Olga, geb. Biakowski, zu Breslau geboren; ich bin katholischer Konfession und preußischer Staatsangehörigkeit.

Von Ostern 1894—98 besuchte ich die Volksschule, von Ostern 1898 bis Michaelis 1907 das Realgymnasium am Zwinger in Breslau, das ich mit dem Zeugnis der Reife verließ.

Darauf studierte ich ein Semester in Breslau, ein Semester in Freiburg i/Br. und vier Semester in Breslau Rechts- und Staatswissenschaften. In dieser Zeit hörte ich die Vorlesungen bei den folgenden Herren Professoren:

Brie, Dierschke, Engelmann, Fischer, Gretener, Klingmüller, Leonhard, Schott, Wolf, Wenckstern, Ziegler. Aly, Lenel, Rosin, Alfred Schultze, Schulze-Gävernitz.

Am 14. November 1910 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung am Königlichen Oberlandesgericht zu Breslau, am 2. Dezember 1910 das examen rigorosum.

Am 15. Dezember 1910 wurde ich dem Königlichen Amtsgericht in Prausnitz zur Ausbildung überwiesen.

Für gütige Ratschläge bei Abfassung der Arbeit bin ich Herrn Geheimen Justizrat Professor Dr. Leonhard zu größtem Dank verpflichtet.